

- ٥٨ ﴿ الباب الأول في معرفة حكم هذا الطهارة ﴾
- ٦٠ ﴿ الباب الثاني في أنواع النجاسات ﴾
- المسئلة الاولى اختلفوا في ميتة الحيوان
- ٦١ » الثانية وكما اختلفوا في أنواع الميتات كذلك اختلفوا في أجراء ما انتفقوا عليه الخ
- » الثالثة اختلفوا في الاتفاقيات بمجود الميتة
- ٦٢ » الرابعة اتفق العلماء على أن دم الحيوان البري محس
- ٦٣ » الخامسة اتفق العلماء على نجاسة بول ابن آدم
- ٦٤ » السادسة اختلف الناس في قليل النجاسات
- » السابعة اختلفوا في المنى هل هو نجس أم لا
- ٦٥ ﴿ الباب الثالث ﴾ في الحال التي تزال عنها النجاسات
- ﴿ الباب الرابع ﴾ في الشيء الذي به تزال النجاسة
- ٦٦ ﴿ الباب الخامس ﴾ في الصفة التي بها تزال
- ٦٨ ﴿ الباب السادس ﴾ في آداب الاستنجاء ودخول الحلاء
- ٦٩ ﴿ كتاب الصلاة ﴾ وفيه مسائل
- ٧٠ المسئلة الاولى في وجوبها من الكتاب والسنة والاحماع
- » الثانية في عدد الواجب منها
- » الثالثة تحب على المسلم البالغ
- ٧١ » الرابعة وأما الواجب على من تركها عمدًا الخ
- ٧٢ الجملة الثانية في الشروط
- ﴿ الباب الاول ﴾ وفيه فصلان
- ﴿ الفصل الاول ﴾ في الاوقات الموسعة والمختارة
- المسئلة الاولى انتفقوا على أن اول وقت الظهر الخ
- ٧٣ » الثانية اختلفوا من صلاة العصر
- ٧٤ » الثالثة اختلفوا في المغرب
- ٧٥ » الرابعة اختلفوا من وقت العشاء الآخرة

- ٧٦ المسئلة الخامسة اتفقوا على أن أول وقت الصبح الخ
- ٧٧ القسم الثاني من الفصل الاول من الباب الاول وفيه مسائل
- المسئلة الاولى اتفق مالك والشافعي
- » الثانية اختلف مالك والشافعي الخ
- ٧٨ » الثالثة وأما هذه الاوقات أعني أوقات الضرورة
- ٧٩ الفصل الثاني من الباب الاول في الاوقات المنهى عن الصلاة فيها
- المسئلة الاولى اتفق العلماء على ان ثلاثة من الاوقات منهى عن الصلاة فيها
- ٨١ » الثانية اختلف العلماء في الصلاة التي لا تجوز في هذه الاوقات
- ٨٢ ﴿ الباب الثاني ﴾ في معرفة الاذان والاقامة
- الفصل الاول وفيه أقسام
- القسم الاول في صفة الاذان
- ٨٣ القسم الثاني في حكم الاذان
- ٨٤ القسم الثالث في وقت الاذان
- ٨٥ القسم الرابع في شروط الاذان
- ٨٦ القسم الخامس فيما يقوله السامع للمؤذن
- الفصل الثاني في الاقامة
- ٨٧ ﴿ الباب الثالث في القبلة ﴾
- المسئلة الثانية هل فرض المحتمد في القبلة الاصابة أو الاجتهاد
- ٨٩ ﴿ الباب الرابع ﴾ وفيه فصلان
- الفصل الاول اتفق العلماء على أن ستر العورة فرض
- ٩٠ المسئلة الثانية في حد العورة من الرجل
- » الثالثة في حد العورة في المرأة
- الفصل الثاني فيما يحزى من اللباس في الصلاة
- ٩١ ﴿ الباب الخامس ﴾ في الطهارة من النجس
- ٩٢ ﴿ الباب السادس ﴾ في المواضع التي يصلى فيها
- ٩٣ ﴿ الباب السابع ﴾ في التزك المشترطة في الصلاة

- ٩٤ (الباب الثامن في النية)
الجملة الثالثة من كتاب الصلاة في معرفة ما شتمل عليه من الاقوال والافعال
- ٩٥ (الباب الاول) وفيه فصلان
الفصل الاول وفيه تسع مسائل
المسئلة الاولى اختلف العلماء في التكبير الخ
- ٩٦ » الثانية قال مالك لا يجزى من لفظ التكبير الا الله أكبر
» الثالثة ذهب قوم الى أن التوجيه في الصلاة واجب الخ
- ٩٧ » الرابعة اختلفوا في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في افتتاح القراءة في الصلاة الخ
- ٩٨ » الخامسة اتفق العلماء على أنه لا تجوز الصلاة بغير قراءة الخ
- ١٠٠ » السادسة اتفق الجمهور على منع قراءة القرآن في الركوع والسجود
- ١٠١ » السابعة اختلفوا في وجوب التشهد
- ١٠٢ » الثامنة اختلفوا في التسليم من الصلاة
- ١٠٣ » التاسعة اختلفوا في القنوت
- ١٠٤ (الفصل الثاني) في الافعال التي هي أركان وفيه ثمان مسائل
المسئلة الاولى اختلف العلماء في رفع اليدين في الصلاة
- ١٠٥ » الثانية ذهب أبو حنيفة الى أن الاعتدال من الركوع وفي الركوع غير واجب
- » الثالثة اختلف الفقهاء في هيئة الجلوس
- ١٠٦ » الرابعة اختلف العلماء في الجلسة الوسطى والاخيرة
- ١٠٧ » الخامسة اختلف العلماء في وضع اليدين احدهما على الاخرى في الصلاة
- » السادسة اختلفوا في اذا كان الرجل في وتر من صلاته أن لا ينهض حتى يستوى قاعداً الخ
- ١٠٨ » السابعة اتفق العلماء على ان السجود يكون على سبعة أعضاء
- ١٠٩ » الثامنة اتفق العلماء على كراهية الاقعاء في الصلاة
- ١١٠ (الباب الثاني) وفيه فصول سبعة
(الفصل الاول) وفيه مستلتان
المسئلة الاولى هل صلاة الجمعة سنة أو فرض على الكفاية

١١١. المسئلة الثانية اذا دخل الرجل المسجد وقد صلى هل يجب عليه أن يصلي مع الجماعة أم لا
١١٢. (الفصل الثاني) وفيه مسائل أربع
المسئلة الاولى اختلفوا فيمن أولى بالامامة
١١٣. » الثانية اختلف الناس في امامة الصبي
» الثالثة اختلفوا في امامة الفاسق
١١٤. » الرابعة اختلفوا في امامة المرأة
١١٦. (الفصل الثالث) في مقام المأموم من الامام وأحكام المأموم الخاصة به وفيه خمس مسائل
المسئلة الاولى جمهور العلماء على أن سنة الواحد المنفرد أن يقوم عن يمين الامام
- » الثانية أجمع العلماء على أن الصف الاول مرغ فيه
١١٧. » الثالثة اختلف الصدر الاول في الرجل يريد الصيد فيسمع الاقامة هل يسرع
المشي الى المسجد
- » الرابعة متى يستحب أن يقام الى الصلاة
» الخامسة ذهب مالك وكثير من العلماء الى أن الداخل وراء الامام اذا خاف
قوات الركعة بان يرفع الامام رأسه منها ان تبادى حتى يصل الصف الاول ان له أن يركع
١١٨. (الفصل الرابع) في معرفة ما يجب على المأموم أن يتبع فيه الامام
١١٩. المسئلة الثانية في صلاة القائم خلف القاعد
١٢٠. (الفصل الخامس) في صفة الاتباع
١٢١. (الفصل السادس) اتفقوا على أنه لا يحمل الامام عن المأموم شيئاً من فرائض
الصلاة ماعدا القراءة
١٢٢. (الفصل السابع) اتفقوا على أنه اذا طرأ عليه الحدث في الصلاة فتنقطع ان صلاة
المأمومين ليست تنفسد الخ
- (الباب الثالث) من الجملة الثالثة وفيه أربعة فصول
- (الفصل الاول) في وجوب الجمعة الخ
١٢٣. (الفصل الثاني) في شروط الجمعة
١٢٥. (الفصل الثالث) في أركان الجمعة
- المسئلة الاولى في الخطبة هل هي شرط في صحة الصلاة وركن من أركانها أم لا

- ١٢٦ المسئلة الثانية واختلف الذين قالوا بوجوبها في القدر المحزى منها
 » الثالثة اختلفوا في الانصات يوم الجمعة والا امام يحطب الخ
- ١٢٨ » الرابعة اختلفوا فيمن جاء يوم الجمعة والا امام على المنبر
- ١٢٩ (الفصل الرابع) في أحكام الجمعة وفيه أربع مسائل
 المسئلة الاولى اختلفوا في ظهر الجمعة
- ١٣٠ (الباب الرابع) في صلاة السفر وفيه فصلان
 (الفصل الاول) في القصر
- ١٣٤ (الفصل الثاني) في الجمع وفيه ثلاث مسائل
 المسئلة الاولى في جوازه
- ١٣٥ » الثانية في صفة الجمع
 » الثالثة في مييحات الجمع
- ١٣٧ (الباب الخامس) في صلاة الخوف
- ١٤٠ (الباب السادس) من الجملة الثالثة في صلاة المريض
 الجملة الرابعة وفيها ثلاثة أبواب
- (الباب الاول) في الاسباب التي تقتضى الاعادة وفيه مسائل
- ١٤١ المسئلة الاولى اتفقوا على أن الحدث يقطع الصلاة الخ
 » الثانية اختلف العلماء هل يقطع الصلاة مروشى بين يدي المصلي
 اذا صلى لغير سترة ومريته وبين السترة
- ١٤٢ المسئلة الثالثة اختلفوا في النفخ في الصلاة على ثلاثة أقوال
 » الرابعة اتفقوا على أن الضحك يقطع الصلاة واختلفوا في التبسم
- » الخامسة اختلفوا في صلاة الحاقن
- » السادسة اختلفوا في رد سلام المصلي عن سلم
- ١٤٣ (الباب الثاني) في القضاء
- ١٤٦ المسئلة الاولى وفيها ثلاثة أقوال
- ١٤٧ » الثانية اذا سها عن اتباع الامام في الركوع الخ
- ١٤٨ » من المسائل الاولى التي هي أصول هذا الباب وهل اتيان المأموم بما فاته من

١٤٩ الصلاة مع الامام أداء أو قضاء
المسئلة الثالثة متى يلزم المأموم حكم صلاة الامام في الاتباع وفيها مسائل

» الاولى متى يكون مدركا لصلاة الجمعة

١٥٠ (الباب الثالث) من الجملة الرابعة في سجود السهو وفيه ستة فصول

١٥١ (الفصل الاول) اختلفوا في سجود السهو هل هو فرض أو سنة

(الفصل الثاني) اختلفوا في مواضع سجود السهو

١٥٣ (الفصل الثالث) وأما الاقوال والافعال التي يسجد لها الخ

١٥٥ (الفصل الرابع) في صفة سجود السهو

(الفصل الخامس) اختلفوا على أن سجود السهو من سنة المنفرد والامام

١٥٦ (الفصل السادس) اختلفوا على أن السنة لمن سها في صلاته أن يسبح له الخ

١٥٨ من كتاب الصلاة الثاني

(الباب الاول) القول في الوتر

١٦٢ (الباب الثاني) في ركعتي الفجر

١٦٤ (الباب الثالث) في الوافل

١٦٥ (الباب الرابع) في ركعتي دخول المسجد

١٦٦ (الباب الخامس) أجمعوا على أن قيام شهر رمضان مرغبا فيه الخ

(الباب السادس) في صلاة الكسوف وفيه خمس مسائل

المسئلة الاولى ذهب مالك والشافعي وجمهور أهل الحجاز وأحمدان صلاة الكسوف

ركعتان الخ

١٦٧ المسئلة الثانية اختلفوا في القراءة فيها

١٦٨ » الثالثة اختلفوا في الوقت الذي تصلى فيه

» الرابعة اختلفوا أيضا هل من شرطها الخطبة بعد الصلاة

١٦٩ » الخامسة اختلفوا في كسوف القمر

١٧٠ (الباب السابع) في صلاة الاستسقاء

١٧١ (الباب الثامن) في صلاة العيدين

١٧٦ (الباب التاسع) في سجود القرآن

- ١٧٩ ﴿ كتاب أحكام الميت ﴾
 (الباب الاول) يستحب ان يلقن الميت
 (الباب الثانى) فى غسل الميت وفيه فصول أربعة
 (الفصل الاول) فى حكم الغسل
 ١٨٠ (الفصل الثانى) فى الاموات الذين يجب غسلهم
 (الفصل الثالث) فممن يجوز أن يغسل الميت
 ١٨٢ (الفصل الرابع) فى صفة الغسل وفيه مسائل
 المسئلة الاولى هل يزرع عن الميت قميصه
 » الثانية قال أبو حنيفة لا يوضأ الميت
 ١٨٣ » الثالثة اختلفوا فى التوقيت فى الغسل
 ١٨٤ (الباب الثالث) فى الاكفان
 ١٨٥ (الباب الرابع) فى صفة المشى مع الجنازة
 ١٨٦ (الباب الخامس) فى صلاة الجنازة وفيه فصول
 (الفصل الاول) فى صفة صلاة الجنازة وفيه مسائل
 المسئلة الاولى اختلفوا فى عدد التكبير فى الصدر الاول
 ١٨٧ » الثانية اختلف الناس فى القراءة فى صلاة الجنازة
 ١٨٨ » الثالثة اختلفوا فى التسليم من الجنازة
 » الرابعة اختلفوا أين يقوم الامام من الجنازة
 » الخامسة اختلفوا فى ترتيب جنائز الرجال والنساء
 ١٨٩ » السادسة اختلفوا فى الذى يفوته بعض التكبير على الجنازة
 ١٩٠ » السابعة اختلفوا فى الصلاة على القبر
 (الفصل الثانى) فممن يصلى عليه ومن أولى بالتقديم
 ١٩٣ (الفصل الثالث) فى وقت الصلاة على الجنازة
 (الفصل الرابع) فى مواضع الصلاة
 ١٩٤ (الفصل الخامس) فى شروط الصلاة على الجنازة
 (الباب السادس) فى الدفن

١٩٥ ﴿كتاب الصيام﴾ وفيه قسمان أحدهما في الصوم الواجب والاخر في المندوب اليه

الركن الاول وفيه قسمان

٢٠١ الركن الثاني وهو الامساك

٢٠٣ الركن الثالث التنية

٢٠٥ القسم الثاني من الصوم المفروض وفيه مسائل

المسئلة الاولى في صيام المريض والمسافر

٢٠٦ المسئلة الثانية هل الصوم أفضل أو الفطر

» الثالثة هل الفطر الجائز للمسافر هو في سفر محدود أو غير محدود

٢٠٧ » الرابعة متى يفطر المسافر ومتى بمسك

» الخامسة هل يجوز للصائم في رمضان أن ينشئ سفرًا ثم لا يصوم فيه

٢٠٨ » المسئلة الاولى بعضهم أوجب أن يكون القضاء متتابعاً على صفة الاداء

٢١٢ » الثانية اذا جامع ناسياً لصومه

٢١٣ » الثالثة اختلفوا في وجوب الكفارة على المرأة اذا طأ وعته على الجماع

» الرابعة هل هذه الكفارة مرتبة أو على التخيير

٢١٤ » الخامسة اختلفوا في مقدار الاطعام

» السادسة في تكرار الكفارة بتكرار الافطار

» السابعة هل يجب عليه الاطعام اذا أيسر وكان معسراً في وقت الوجوب

٢١٦ ﴿كتاب الصيام الثاني﴾ وهو المندوب اليه

٢٢٠ ﴿كتاب الاعتكاف﴾

٢٢٥ ﴿كتاب الزكاة﴾ وفيه خمس جمل

الجملة الاولى في معرفة من تجب عليه وفيها مسائل

٢٢٧ المسئلة الاولى في زكاة الثمار المحبسة الآصول

» الثانية في الارض المستأجرة على من تجب زكاة ما تخرجه

٢٢٩ » الثالثة اذامات بعد وجوب الزكاة عليه

٢٣٠ الجملة الثانية في معرفة ما تجب فيه من الاموال

٢٣٣ الجملة الثالثة في معرفة كم تجب ومن كم تجب وفيها فصول

٢٣٤ (الفصل الاول) في المقدار الذي تجب فيه الزكاة من الفضة

المسئلة الاولى اختلفوا في نصاب الذهب

٢٣٥ » الثانية اختلفوا فيما زاد على النصاب فيها

» الثالثة يضم الذهب الى الفضة في الزكاة

٢٣٦ » الرابعة عند مالك وأبي حنيفة ان الشريك ليس يجب على أحدهما زكاة حتى

يكون لكل واحد منهما نصاب

٢٣٧ » الخامسة اختلفوا في اعتبار النصاب في المعدن وقدر الواجب فيه

(الفصل الثاني) في نصاب الابل والواجب فيه وفيه مسائل

المسئلة الاولى اختلفوا فيما زاد على المائة وعشرين

٢٣٨ » الثانية اذا عدم السن الواجب

٢٣٩ » الثالثة هل تجب في صغار الابل

(الفصل الثالث) في نصاب البقر وقدر الواجب فيه

٢٤٠ (الفصل الرابع) في نصاب الغنم وقدر الواجب من ذلك

٢٤٢ (الفصل الخامس) في نصاب الحبوب والثمار والقدر الواجب في ذلك وفيه مسائل

٢٤٣ المسئلة الاولى أجمعوا على أن الصنف الواحد من الحبوب والتمر يجمع جيده وريثه

وتؤخذ الزكاة عن جميعه

٢٤٤ المسئلة الثانية في تقدير النصاب بالحرص

٢٤٥ » اثالثة قال مالك وأبو حنيفة يحسب على الرجل ما أكل من تمره وزرعه قبل

الخصاد في النصاب

(الفصل السادس) في نصاب العروض

٢٤٦ الجملة الرابعة في وقت الزكاة وفيها مسائل

٢٤٧ المسئلة الاولى هل يشترط الحول في المعدن

» الثانية في اعتبار حول ربح المال

» الثالثة حول الفوائد الواردة على مال تجب فيه الزكاة

٢٤٨ » الرابعة في اعتبار حول الدين

٢٤٩ » الخامسة في اعتبار حول العروض

- ٢٤٩ المستئلة السادسة في حول فائدة الماشية
- ٢٥٠ السابعة في حول نسل الغنم
- » الثامنة في جواز اخراج الزكاة قبل الحول
- اجملة الخامسة فيمن تجب له الصدقة وفيها ثلاثة فصول
- (الفصل الاول) في عدد الاصناف الذين تجب لهم وفيه مسئلتان
- المسئلة الاولى هل يجوز أن تصرف جميع الصدقة الى صنف واحد
- ٢٥١ » الثانية هل المؤلفة قلوبهم حقهم باق الى اليوم أم لا
- (الفصل الثاني) في صفاتهم التي يستوجبون بها الصدقة
- ٢٥٢ (الفصل الثالث) في مقدار ما يعطى من ذلك
- ٢٥٣ » كتاب زكاة الفطر وفيه فصول
- (الفصل الاول) في معرفة حكمها
- (الفصل الثاني) في معرفة من تجب عليه
- ٢٥٥ (الفصل الثالث) كم تجب عليه ومماذا تجب عليه
- ٢٥٦ (الفصل الرابع) متى تجب عليه
- (الفصل الخامس) من تجوز له
- ٢٥٧ » كتاب الحج وفيه ثلاثة أجناس
- الجنس الاول يشتمل على شيئين معرفة الوجوب وشروطه وعلى من يجب ومتى يجب
- ٢٦١ القول في الجنس الثاني وهو تعريف افعال هذه العبادة
- القول في شروط الاحرام
- ١٦٢ القول في ميقات الزمان
- ٢٦٣ القول في التروك
- ٢٦٨ القول في أنواع هذا النسك
- القول في شرح أنواع هذه المناسك
- القول في الممتع
- ٢٧٠ القول في القارن
- ٢٧١ القول في الاحرام

- ٢٧٤ القول في الطواف بالبيت
 القول في الصفة
 ٢٧٦ القول في شروطه
 ٢٧٧ القول في أعدامه وأحكامه
 ٢٧٨ القول في السعي بين الصفا والمروة
 القول في حكمه
 القول في صفتيه
 ٢٧٩ القول في شروطه
 القول في ترتيبه
 الخروج الى عرفة
 ٢٨٠ الوقوف بعرفة
 ٢٨١ القول في شروطه
 ٢٨٢ القول في أفعال المزدلفة
 ٢٨٣ القول في رمي الجمار
 ٢٨٦ القول في الجنس الثالث
 القول في الاحصار
 ٢٨٩ القول في أحكام جزاء الصيد
 ٢٩٥ القول في فدية الاذى وحكم الحالق رأسه قبل محل الحلق
 ٢٩٧ القول في كفارة الممتع
 ٣٠١ القول في الكفارات المسكوت عنها
 ٣٠٣ القول في الهدى
 ٣٠٧ ﴿ كتاب الجهاد ﴾ وفيه جملتان
 الجملة الاولى في معرفة أركان الحرب وفيها سبع فصول
 (الفصل الاول) في معرفة حكم هذه الوظيفة ولما تازم
 ٣٠٨ (الفصل الثاني) في معرفة الذين يجاربون
 (الفصل الثالث) فيما يجوز من النكايه في العدو

- ٣١٢ (الفصل الرابع) في معرفة شروط الحرب
- ٣١٣ (الفصل الخامس) في معرفة العدد الذين لا يجوز الفرار عنهم
- (الفصل السادس) هل يجوز المهادنة
- ٣١٤ (الفصل السابع) لماذا يحاربون
- ٣١٥ الجملة الثانية وفيها سبعة فصول
- (الفصل الاول) في حكم الخمس
- ٣١٦ (الفصل الثاني) في حكم الاربعة الاخماس
- ٣١٩ (الفصل الثالث) في حكم الانفال وفيه مسائل
- ٣٢٠ المسئلة الاولى قوم قالوا يكون من الخمس الواجب لبيت المال
- » الثانية في مقدار مال الامام أن ينقل من ذلك
- » الثالثة هل يجوز الوعد بالتفيل قبل الحرب أم لا
- ٣٢١ » الرابعة هل يجب سلب المقتول للقاتل أو ليس يجب
- ٣٢٢ (الفصل الرابع) في أموال المسلمين التي تسترد من أيدي الكفار
- ٣٢٤ (الفصل الخامس) اختلفوا فيما افتتح المسلمون من الارض عنوة
- ٣٢٥ (الفصل السادس) في قسمة الفء
- ٣٢٦ (الفصل السابع) في الجزية وفيه ست مسائل
- المسئلة الاولى فيمن يجوز أخذ الجزية منه
- » الثانية على أي الاصناف منهم تجب الجزية
- ٣٢٧ » الثالثة كم الواجب
- » الرابعة متى تجب ومتى تسقط
- ٣٢٨ » كم أصناف الجزية
- ٣٢٩ » السادسة فيما اذا تصرف الجزية
- ﴿ كتاب الايمان ﴾ وفيه جملتان
- الجملة الاولى في معرفة ضروب الايمان وفيها ثلاثة فصول
- ٣٣٠ الفصل الاول في معرفه الايمان المباحة

وتميزها من غير المباحة

٣٣٠ (الفصل الثاني) في معرفة الايمان اللغوية والمنعقدة

٣٣١ (الفصل الثالث) في معرفة الايمان التي ترفعها الكفارة والتي لا ترفعها وفيه

أربع مسائل

المسئلة الاولى اختلفوا في الايمان بالله المنعقدة

٣٣٢ » الثانية اختلف العلماء فيمن قال أنا كافر

» الثالثة اتفق الجمهور في الايمان التي ليست أقساماً بآبى

٣٣٣ » الرابعة اختلفوا في قول القائل أقسم أو أشهد

الجملة الثانية وفيها قسمان

(القسم الاول) وفيه فصلان

(الفصل الاول) في شروط الاستثناء المؤثر في اليمين وفيه مسائل

٣٣٤ المسئلة الاولى في اشتراط اتصاله بالقسم

» الثانية هل تنفع النية الحادثة في الاستثناء بعد انقضاء اليمين

٣٣٥ (الفصل الثاني) من القسم الاول

٣٣٦ (القسم الثاني) من الجملة الثانية وفيه فصول

(الفصل الاول) في موجب الحنث وشروطه وأحكامه وفيه مسائل

المسئلة الاولى مالک يرى السامى والمكره بمنزلة العامد

» الثانية مثل أن يحلف أن لا يفعل شيئاً ففعل بعضه

» الثالثة مثل أن يحلف على شئ بعينه يفهم منه القصد الى معنى أعم من ذلك الشئ

٣٣٧ » الرابعة اتفقوا على أن اليمين على نية المستحلف في الدعاوى

٣٣٨ (الفصل الثاني) اتفقوا على أن الكفارة في الايمان هي الاربعة الانواع التي ذكر

الله في كتابه في قوله تعالى « فكفارته » الآية وفيه مسائل

المسئلة الاولى في مقدار الاطعام

٣٣٩ » الثالثة في الجزى من الكسوة

» الثالثة وهي اختلافهم في اشتراط تنابع الايام الثلاثة في الصيام

- » الرابعة وهي اشتراط العدد في المساكين
- » الخامسة وهي اشتراط الاسلام والحرية في المساكين
- ٣٤٠ المسئلة السادسة هل من شرط الرقبة أن تكون سليمة من العيوب
- » السابعة وهي اشتراط الايمان في الرقبة
- (الفصل الثالث) متى ترفع الكفارة الحنث وتعمحوه
- ٣٤١ ﴿ كتاب النذور ﴾ وفيه ثلاثة فصول
- (الفصل الاول) في أصناف النذور
- ٣٤٢ (الفصل الثاني) فيما يلزم من النذور وما لا يلزم وجهلة أحكامها وفيه مسئلتان
- ٣٤٣ المسئلة الاولى اختلفوا فيمن نذر معصية
- » الثانية اختلفوا فيمن حرّم على نفسه شيأ من المباحات
- ٣٤٤ (الفصل الثالث) في معرفة الشيء الذي يلزم عنها أحكامها وفيه مسائل
- المسئلة الاولى اختلفوا في الواجب في النذر المطلق
- » الثانية اتفقوا على لزوم النذر بالمشي الى بيت الله
- ٣٤٥ » الثالثة اختلفوا بعد اتقاقهم على لزوم المشي في حج أو عمرة فيمن نذر أن يمشي الى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم
- ٣٤٦ » الرابعة اختلفوا في الواجب على من نذر أن ينحربنه في مقام ابراهيم
- » الخامسة اتفقوا على أن من نذر أن يجعل ماله كله في سبيل الله أو في سبيل من سبيل البر أنه يلزمه الخ
- ٣٤٧ ﴿ كتاب الضحايا ﴾ وفيه أربعة أبواب
- (الباب الاول) في حكم الضحايا ومن المخاطب بها
- ٣٤٨ (الباب الثاني) في أنواع الضحايا وصفاتها وأسنانها وعدد ها وفيه مسائل
- المسئلة الاولى أجمع العلماء على جواز الضحايا من جميع بهيمة الانعام
- ٣٤٩ » الثانية في تمييز الصفات
- ٣٥١ » الثالثة في معرفة السن
- » الرابعة في العدد

- ٣٥٣ (الباب الثالث) يتعلق بالذبح المختص بالضحايا
المسئلة الاولى في ابتدائه
» الثانية في انتهائه
- ٣٥٤ الثالثة اختلا فهم في الليالي التي تتخلل أيام النحر
- ٣٥٥ (الباب الرابع) في أحكام لحوم الضحايا
- ٣٥٦ ﴿ كتاب الذبايح ﴾ وفيه خمسة أبواب
(الباب الاول) في معرفة محل الذبح والنحر وفيه مسائل
المسئلة الاولى في المنخقة والموقوذة والمتريدة والنطيحة وما كل السبع
» الثانية في تأثير الذكاة في الحيوان المحرم الاكل
» الثالثة في تأثير الذكاة في المريضة
» الرابعة هل ذكاة الجنين ذكاة أمه أم لا
» الخامسة هل للجراذ ذكاة أم لا
- ٣٦٠ » السادسة هل للحيوان الذي يأوى في البرتارة وفي البحر تارة ذكاة أم لا
(الباب الثاني) في الذكاة وفيه مسئلتان
المسئلة الاولى في أنواع الذكاة المختصة بصنف صنف من بهيمة الانعام
» الثانية في صفة الذكاة وفيها مسائل
- ٣٦١ » الاولى المشهور عن مالك في ذلك هو قطع الودجين والحلقوم
» الثانية يشترط قطع الحلقوم أو المرء
» الثالثة في موضع القطع
» الرابعة وهي ان قطع أعضاء الذكاة عن ناحية العنق لا يجوز
» الخامسة في عمادى الذبايح بالذبح حتى يقطع النخاخ
- ٣٦٢ » السادسة هل من شرط الذكاة أن تكون في فور واحد
(الباب الثالث) فيما تكون به الذكاة
- ٣٦٣ (الباب الرابع) في شروط الذكاة وفيه ثلاث مسائل
المسئلة الاولى في اشتراط التسمية

- ٣٦٤ » الثانية في اشتراط البسملة
 » الثالثة في اشتراط النية
 ٣٦٥ (الباب الخامس) فمين تجوز تذكيته ومن لا تجوز وفيه مسائل
 المسئلة الاولى في ذبائح أهل الكتاب
 ٣٦٥ المسئلة الثانية في ذبائح نصارى بنى تغلب والمرتين
 ٣٦٦ » الثالثة اذا لم يعلم ان أهل الكتاب سمعوا على الذبيحة
 ٣٦٨ ﴿ كتاب الصيد ﴾ وفيه اربعة أبواب
 (الباب الاول) في حكم الصيد وفي محل الصيد
 (الباب الثانى) فيما به يكون الصيد
 ٣٧٢ (الباب الثالث) في معرفة الذكاة المختصة بالصيد وشروطها
 ٣٧٥ (الباب الرابع) فمين يجوز صيده
 ﴿ كتاب العقيدة ﴾
 ٣٧٧ ﴿ كتاب الاطعمة والاشربة ﴾ وفيه جملتان
 الجملة الاولى نذكر فيها المحرمات في حال الاختيار وفيها مسائل
 ٣٨٠ المسئلة الاولى في السباع ذوات الاربع
 ٣٨١ » الثانية اختلفوا في ذوات الحافر الانسى
 ٣٨٢ » الثالثة اختلفوا في الحيوان المأمور بقتله في الحرم
 ٣٨٥ مسئلة في جواز الانتباز في الاسقية
 ٣٧٦ مسئلة في انتباز الخليطين
 الجملة الثانية في استعمال المحرمات في حال الاضطرار

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للامام الفقيه الفيلسوف الاصولي القاضي أبي الوليد محمد

ابن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الاندلسي

الشهير بـ (ابن رشد الحفيد) المتوفى

سنة ٥٩٥ هجرية رحمه

الله تعالى

(الطبعة الاولى سنة ١٣٢٩ هجرية)

(على نفقة محمد أمين الخانجي السكتي وشركاه)

----- *

طبعت على النسخة المولوية بعد ان تفضل بقراءتها صاحب الفضيلة الاستاذ

الشيخ محمد شاكر وكيل مشيخة الازهر على النسخة الخطية

الحفوظة بدار كتب سعادة أحمد بك تيمور

٢٠٠٠

(طبع بالمطبعة الجمالية — بمصر)

(الكاتبة بجارة الروم بعطفة التري)

(لأصحابها محمد أمين الخانجي وشركاه — وأحمد عارف)

الاموال . ومثال الخاص يراد به العام قوله تعالى (فلا تقل لهما أف) وهو من باب التنبيه بالادنى على الاعلى فانه يفهم من هذا تحريم الضرب والشتم وما فوق ذلك وهذه إما أن يأتي المستدعى بها فعله بصيغة الأمر وإما أن يأتي بصيغة الخبر يراد به الأمر وكذلك المستدعى تركه إما أن يأتي بصيغة النهي وإما أن يأتي بصيغة الخبر يراد به النهي وإذا أتت هذه الالفاظ بهذه الصيغ فهل يحمل استدعاء الفعل بها على الوجوب أو على الندب على ما سيقال في حدد الواجب والمنسوب اليه أو يتوقف حتى يدل الدليل على أحدهما فيه بين العلماء خلاف المذكور في كتب أصول الفقه وكذلك الحال في صيغ النهي هل تدل على الكراهية أو التحريم أو لا تدل على واحد منهما فيه الخلاف المذكور أيضا . والاعيان التي يتعاقب بها الحكم إيمان يدل عليها بلفظ يدل على معنى واحد فقط وهو الذي يعرف في صناعة أصول الفقه بالنص ولا خلاف في وجوب العمل به وإما أن يدل عليها بلفظ يدل على أكثر من معنى واحد وهذا قسمان إما أن تكون دلالة على تلك المعاني بالسواء وهو الذي يعرف في أصول الفقه بالجمل ولا خلاف في انه لا يوجب حكما وإما أن تكون دلالة على بعض تلك المعاني أكثر من بعض وهذا يسمى بالاضافة الى المعاني التي دلالة عليها أكثر ظاهرا أو يسمى بالاضافة الى المعاني التي دلالة عليها أقل محتملا وإذا ورد مطلقا حمل على تلك المعاني التي هو أظهر فيها حتى يقوم الدليل على حمله على المحتمل فيعرض الخلاف للفقهاء في أقاويل الشارع لكن ذلك من قبل ثلاثة معان ، من قبل الاشتراك في لفظ العين الذي علق به الحكم ، ومن قبل الاشتراك في الالف واللام المقررة بجنس ذلك العين هل أردها الكل أو البعض ، ومن قبل الاشتراك الذي في الفاظ الأمر والنواهي . وأما الطريق الرابع فهو أن يفهم من إيجاب الحكم لشيء ما نفى ذلك الحكم عما عدى ذلك الشيء أو من نفى الحكم عن شيء ما إيجابه لما عدى ذلك الشيء الذي نفى عنه وهو الذي يعرف بدليل الخطاب وهو أصل مختلف فيه مثل قوله عليه الصلاة والسلام : في سائمة الغنم الزكاة فإن قوما فهموا منه أن لازكاة في غير السائمة . وأما القياس الشرعي فهو إلحاق الحكم الواجب لشيء ما بالشرع بالشيء المسكوت عنه لشبهه بالشيء الذي أوجب الشرع له ذلك الحكم أو لعلامة جامعة بينهما ولذلك كان القياس الشرعي صنفين ، قياس شبهه ، وقياس علّة والفرق بين القياس الشرعي واللفظ الخاص يراد به العام ان القياس يكون على الخاص الذي أرده الخاص فيلحق به غيره أعني ان المسكوت عنه يلحق بالمنطوق به من جهة الشبه الذي بينهما لا من جهة دلالة اللفظ لان إلحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من جهة تنبيه اللفظ ليس بقياس وإنما هو من باب دلالة اللفظ . وهذان الصنفان يتقاربان

جرداً لأنهما إلحاق مسكوت عنه بمنطوق به وهما يلتبسان على القمءاء كثيراً جداً فاشكال القياس
 إلحاق شارب النثر بالتأذ في الحد والصدق بالنصاب في القطع وأما إلحاق الربويات
 بالفتيات أو بالمسكيل أو بالمطعوم فن باب الخاص أراده العام فتأمل هذا فإن فيه غموضاً
 والجنس الأول هو الذي ينبغي للظاهرة أن تنازع فيه وأما الثاني فليس ينبغي لها أن تنازع
 فيدل أنه من باب المصع والذي يرد ذلك يرد نوعاً من خطاب العرب . وأما الفعل فإنه عند
 الأكثر من الطرق التي تتلقى منها الأحكام الشرعية وقال قوم الأفعال ليست تنفذ حكماً إذ ليس
 لها صيغ والذين قالوا أنها تتلقى منها الأحكام اختاروا في نوع الحكم الذي تدل عليه فتأمل قوم
 تدل على الوجوب وقال قوم تدل على الندب والمختار عند المحققين أنها إن أتت بيا نالجمل
 واجب دلت على الوجوب وإن أتت بيا نالجمل مندوب اليه دلت على الندب وإن لم تأت
 بيا نالجمل فإن كانت من جنس التربة دلت على الندب وإن كانت من جنس المباحات دلت
 على الإباحة وأما الإقرار فإنه يدل على الجواز فهذه أصناف الطرق التي تتلقى منها الأحكام أو
 تستبطن . وأما الإجماع فهو مستند إلى أحد هذه الطرق الأربع إلا أنه إذا وقع في واحد
 منها ولم يكن قطعياً نقل الحكم من غلبة الظن إلى القطع وليس الإجماع أصلاً مستقلاً بداته من
 غير استناده إلى واحد من هذه الطرق لأنه لو كان كذلك لكان يقتضي إثبات شرع زائد بعد
 النبي صلى الله عليه وسلم إذ كان لا يرجع إلى أصل من الأصول المشروعة . وأما المعاني
 المتداولة المتأدية من هذه الطرق اللفظية للمكتفين فهي بالجملة أمور بشي عوامان هي عنه وأما
 تخيير فيه والامر إن فهم منه الجزم وتعلق العقاب بتر كه سمي واجباً وإن فهم منه الثواب على
 الفعل وانتفا العقاب مع الترك سمي ندباً والنهي أيضاً إن فهم منه الجزم وتعلق العقاب بالفعل
 سمي محرماً ومحظوراً وإن فهم منه الحث على تركه من غير تعلق عقاب بفعله سمي مكرهاً
 فتكون أصناف الأحكام الشرعية المتلقاة من هذه الطرق خمسة واجب ومندوب ومحظور
 ومكروه وتخيير فيه وهو المباح . وأما أسباب الاختلاف بالجنس فستة ، أحدها تردد اللفاظ
 بين هذه الطرق الأربع أعني بين أن يكون اللفظ عاماً يراد به الخاص أو خاصاً يراد به العام أو عاماً
 يراد به العام أو خاصاً يراد به الخاص أو يكون له دليل خطاب أولاً يكون له ، والثاني الاشتراك
 الذي في اللفاظ وذلك إما في اللفظ المفرد كما نطق القراء الذي ينطلق على الإطهار وعلى الحيض
 وكذلك لفظ الأمر هل يحمل على الوجوب أو على الندب ولفظ النهي هل يحمل على
 التحريم أو الكراهية وإما في اللفظ المركب مثل قوله تعالى (الذين تابوا) فإنه يحتمل أن
 يعود على الفاسق فقط ويحتمل أن يعود على الفاسق والشاهد فتكون التوبة رافعة للفسق

ومحيزة شهادة الناذف، والثالث اختلاف الاعراب، والرابع تردد اللفظ بين حملة على الحقيقة أو حملة على نوع من أنواع المجاز التي هي إما الحذف وإما الزيادة وإما التقديم وإما التأخير وإما ترده على الحقيقة أو الاستعارة، والخامس إطلاق اللفظ تارة وتقييده تارة مثل إطلاق الرقبة في العتق تارة وتقييدها بالايان تارة، والسادس التعارض في الشئين في جميع أصناف الالفاظ التي يتلقى منها الشرع الاحكام بعضها مع بعض وكذلك التعارض الذي يأتي في الافعال أو في الاترارات أو تعارض القياسات أنفسها أو التعارض الذي يتركب من هذه الاصناف الثلاثة أعني معارضة القول للفعل أو للاقرار أو للقياس ومعارضة الفعل للاقرار أو للقياس ومعارضة الاقرار للقياس (قال) القاضي رضى الله عنه واذ قد ذكرنا بالجملة هذه الاشياء فلنشرع فيما قصدنا له مستعينين بالله ولنبدأ من ذلك بكتاب الطهارة على عادتهم فنقول :

﴿ كتاب الطهارة من الحدث ﴾

انه اتفق المسلمون على أن الطهارة الشرعية طهارة من الحدث وطهارة من الخبث واتفقوا على أن الطهارة من الحدث ثلاثة أصناف وضوء وغسل وبدل منهما وهو التيمم وذلك لتضمن ذلك آية الوضوء الواردة في ذلك فلنبداً من ذلك بالقول في الوضوء فنقول :

﴿ كتاب الوضوء ﴾

ان القول المحيط بأصول هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب ، الباب الاول في الدليل على وجوبها وعلى من تجب ومتى تجب ، الثاني في معرفة أفعالها ، الثالث في معرفة ما به تفعل وهو الماء ، الرابع في معرفة نواقضها ، الخامس في معرفة الاشياء التي تفعل من أجلها

﴿ الباب الاول ﴾

فاما الدليل على وجوبها فالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق) الآية فانه اتفق المسلمون على أن امتثال هذا الخطاب واجب على كل من لزمته الصلاة اذا دخل وقتها . وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام : لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول وقوله عليه الصلاة والسلام : لا يقبل الله صلاة من أحدث حتى يتوضأ وهذا الحديثان ثابتان عند أئمة النقل . وأما الاجماع فانه لم ينقل عن أحد من المسلمين في ذلك خلاف ولو كان هناك خلاف لنقل اذ

العبادات تمتنعى ذلك . وأما من تجب عليه فهو البالغ العاقل وذلك أيضاً ثابت بالسنة والاجماع . أما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام : رفع القلم عن ثلاث فذكر الصبي حتى يحتلم والخنون حتى يشفق . وأما الاجماع فانه لم ينقل في ذلك خلاف واختلف الفقهاء هل من شرط وجوبها الاسلام أم لا وهي مسئلة قليلة الغناء في الفقه لانها راجعة الى الحكم الاخرى . وأما متى تجب فاذا دخل وقت الصلاة أو أراد الانسان الفعل الذى الوضوء شرط فيه وان لم يكن ذلك متعلقاً بوقت . أما وجوبه عند دخول وقت الصلاة على المحدث فلا خلاف فيه لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمنا الى الصلاة) الآية فأوجب الوضوء عند القيام الى الصلاة ومن شروط الصلاة دخول الوقت . وأما دليل وجوبه عند اعادة الافعال التى هي شرط فيها فسياق ذلك عند ذكر الاشياء التى يفعل الوضوء من أجلها واختلاف الناس في ذلك .

﴿ الباب الثاني ﴾

وأما معرفة فعل الوضوء فلا صل فيه ما ورد من صفة في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمنا الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم الى الكعبين) وما ورد من ذلك أيضاً في صفة وضوء النبي صلى الله عليه وسلم في الآثار الثابتة ويتعلق بذلك مسائل اثنتا عشرة تجرى مجرى الامهات وهي راجعة الى معرفة الشروط والاركان وصفة الافعال وأعدادها وتحديد محلها وتعيينه وأنواع أحكام جميع ذلك .

﴿ المسئلة الاولى من الشروط ﴾ اختلف علماء المصاهير هل النية شرط في صحة الوضوء أم لا بعد اتفاقهم على اشتراط النية في العبادات لقوله تعالى (وما أمر الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين) ولقوله صلى الله عليه وسلم : انما الاعمال بالنيات الحديث المشهور فذهب فريق منهم الى انها شرط وهو مذهب الشافعى ومالك وأحمد وأبي ثور وداود وذهب فريق آخر الى انها ليست بشرط وهو مذهب أبى حنيفة والثورى . وسبب اختلافهم تردد الوضوء بين ان يكون عبادة محضة أعنى غير معقولة المعنى وانما يقصد به القرينة فقط كالصلاة وغيره وبين ان يكون عبادة معقولة المعنى كغسل النجاسة فانهم لا يختلفون أن العبادة المحضة مفترقة الى النية والعبادة المفهومة المعنى غير مفترقة الى النية والوضوء فيه شبه من العبادتين ولذلك وقع الخلاف فيه وذلك انه يجمع عبادة ونظافة والفقه ان ينظر بايها هو أقوى شبهها فيلحق به .

﴿ المسئلة الثانية من الاحكام ﴾ اختلف الفقهاء في غسل اليد قبل إدخالها في إناء الوضوء فذهب قوم الى أنه من سنن الوضوء باطلاً وإن تيقن طهارة اليد وهو مشهور مذهب مالك

والشافعي وقيل انه مستحب للشاك في طهارة يده وهو أيضاً مروي عن مالك وقيل إن غسل اليد واجب على المنتبه من النوم وبه قال داود وأصحابه وفرق قوم بين نوم الليل ونوم النهار فأوجبوا ذلك في نوم الليل ولم يوجبوه في نوم النهار وبه قال أحمد . فتحصل في ذلك أربعة أقوال قول إنه سنة باطلاق وقول انه استحباب للشاك وقول إنه واجب على المنتبه من النوم وقول إنه واجب على المنتبه من نوم الليل دون نوم النهار . والسبب في اختلافهم في ذلك اختلافهم في مفهوم الثابت من حديث أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال: إذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده قبل أن يدخلها الاناء فان أحدكم لا يدرى أين باتت يده وفي بعض رواياته فليغسلها ثلاثاً فمن لم يبر بين الزيادة الواردة في هذا الحديث على ما في آية الوضوء معارضة وبين آية الوضوء حمل لفظ الأمرها هنا على ظاهره من الوجوب وجعل ذلك فرضاً من فروض الوضوء ومن فهم من هؤلاء من لفظ البيات نوم الليل أو جب ذلك من نوم الليل فقط ومن لم يفهم منه ذلك وانما فهم منه النوم فقط أوجب ذلك على كل مستيقظ من النوم نهائراً وأولياً ومن رأى أن بين هذه الزيادة والآية تعارضاً إذ كان ظاهر الآية المقصود منه حصر فروض الوضوء كان وجه الجمع بينهما عنده أن يخرج لفظ الأمر عن ظاهره الذي هو الوجوب إلى الندب ومن تأكد عنده هذا الندب لم يثبتاً كدعنده هذا الندب قال إن ذلك من جنس المنسوب المستحب وهؤلاء اغسل اليد عندهم بهذا الحال إذا تيقن طهارتها أعني من يقول إن ذلك سنة ومن يقول انه ندب ومن لم يفهم من هؤلاء من هذا الحديث علة توجب عنده أن يكون من باب الخاص أريد به العام كان ذلك عنده مندوباً للمستيقظ من النوم فقط ومن فهم منه علة الشك وجعله من باب الخاص أريد به العام كان ذلك عنده للشاك لأنه في معنى النائم . والظاهر من هذا الحديث أنه لم يقصد به حكم اليد في الوضوء وإنما قصد به حكم الماء الذي يتوضأ به إذ كان الماء مشترطاً فيه الطهارة . وأما ما نقل من غسله صلى الله عليه وسلم يديه قبل إدخالهما في الاناء في أكثر أحيانه فيحتمل أن يكون من حكم اليد على أن يكون غسلها في الابتداء من أفعال الوضوء ويحتمل أن يكون من حكم الماء أعني أن لا ينتجس أو يقع فيه شك إن قلنا إن الشك مؤثر .

المسئلة الثالثة من الأركان اختلفوا في المضمضة والاستنشاق في الوضوء على ثلاثة أقوال، قول انهما سنتان في الوضوء وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة، وقول انهما فرض فيه وبه قال ابن أبي ليلى وجماعة من أصحاب داود، وقول إن الاستنشاق فرض والمضمضة سنة

به قال أبو ثور وأبو عبيد وجماعة من أهل الظاهر . وسبب اختلافهم في كونها فرضاً أو سنة
اختلافهم في السنن الواردة في ذلك هل هي زيادة تقتضي معارضة آية الوضوء أولاً تقتضي
ذلك فمن رأى أن هذه الزيادة إن حملت على الوجوب اقتضت معارضة الآية إذا المقصود من
الآية تأصيل هذا الحكم وتبيينه أخرجهما من باب الوجوب إلى باب الندب ومن لم ير أنها
تقتضي معارضة حملها على الظاهر من الوجوب ومن استوت عند هذه الأقوال والأفعال في
حملها على الوجوب لم يفرق بين المضمضة والاستنشاق ومن كان عنده القول محمولاً على
الوجوب والفعل محمولاً على الندب فرق بين المضمضة والاستنشاق وذلك أن المضمضة
نقلت من فعله عليه الصلاة والسلام ولم تنقل من أمره وأما الاستنشاق فمن أمره عليه الصلاة
والسلام وفعله وهو قوله عليه الصلاة والسلام : إذا توضأ أحدكم فليجعل في أنفه ماء ثم لينثر
ومن استجمر فليوترخرجه مالك في موطنه والبخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة .
المسئلة الرابعة من تحديد المحال ، اتفق العلماء على أن غسل الوجه بالجملة من فرائض
الوضوء لقوله تعالى (فاغسلوا وجوهكم) واختلما ومنه في ثلاثة مواضع في غسل البياض
الذي بين العذار والاذن وفي غسل ما اسدل من اللحية وفي تحليل اللحية فالمشهور من مذهب
مالك أنه ليس البياض الذي بين العذار والاذن من الوجه وقد قيل في المذهب بالفرق بين
لأمرد والماتحى فيكون في المذهب في ذلك ثلاثة أقوال وقال أبو حنيفة والشافعي هو من
الوجه . وأما ما اسدل من اللحية فذهب مالك إلى وجوب إمرار الماء عليه ولم يوجب أبو حنيفة
ولا الشافعي في أحد قوليه . وسبب اختلافهم في هاتين المسئلتين هو خفاء تناول اسم الوجه
لهذين الموضعين أعني هل يتناولهما أولاً يتناولهما . وأما تحليل اللحية فذهب مالك أنه ليس
واجباً وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الوضوء وأوجب ابن عبد الحكم من أصحاب مالك .
وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في صحة الآثار التي ورد فيها الأمر بتخليل اللحية والاكثر
على أنها غير صحيحة مع أن الآثار الصحاح التي ورد فيها صفة وضوءه عليه الصلاة والسلام
ليس في شيء منها التخليل .

المسئلة الخامسة من التحديد ، اتفق العلماء على أن غسل اليدين والذراعين من فروض
الوضوء لقوله تعالى (وأيديكم إلى المرافق) واختلفوا في إدخال المرافق فيها فذهب الجمهور
مالك والشافعي وأبو حنيفة إلى وجوب إدخالها وذهب بعض أهل الظاهر وبعض
متأخري أصحاب مالك والطبري إلى أنه لا يجب إدخالها في الغسل . والسبب في اختلافهم
في ذلك الاشتراك الذي في حرف إلى وفي اسم اليد في كلام العرب وذلك أن حرف إلى مرة

يدل في كلام العرب على الغاية ومردى يكون بمعنى مع ، واليد أيضاً في كلام العرب تطلق على ثلاثة معان ، على الكف فقط ، وعلى الكف والذراع ، وعلى الكف والذراع والعضد فمن جعل الى بمعنى مع أو فهم من اليد مجموع الثلاثة الأعضاء أو وجب دخولها في الغسل ومن فهم من إلى الغاية ومن اليد مادون المرفق ولم يكن الحد عنده داخل في الحدود لم يدخلها في الغسل وخرج مسلم في صحيحه عن أبي هريرة أنه غسل يده اليمنى حتى أشرع في العضد ثم اليسرى كذلك ثم غسل رجله اليمنى حتى أشرع في الساق ثم غسل اليسرى كذلك ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ وهو حجة أقول من أوجب ادخلهما في الغسل لانه اذا تردد اللفظ بين المعنيين على السواء وجب أن لا يصر إلى أحد المعنيين إلا بدليل وإن كانت إلى في كلام العرب أظهر في معنى الغاية منها في معنى مع وكذلك اسم اليد أظهر فيما دون العضد منه فيما فوق العضد فتقول من لم يدخلها من جهة الدلالة اللفظية أرجح وقول من أدخلها من جهة هذا الأثرين إلا أن يحمل هذا الأثر على الندب والمسئلة محتملة كما ترى وقد قال قوم ان الغاية اذا كانت من جنس ذى الغاية دخلت فيه وان لم تكن من جنسه لم تدخل فيه

المسئلة السادسة من التحديد رحم اتفق العلماء على أن مسح الرأس من فروض الوضوء واختلفوا في القدر المجزى منه فذهب مالك إلى أن الواجب مسحه كله وذهب الشافعي وبعض أصحاب مالك وأبو حنيفة إلى أن مسح بعضه هو الفرض ومن أصحاب مالك من حدد هذا البعض بالثلث ومنهم من حدده بالثلثين وأما أبو حنيفة فحدده بالربع وحدد مع هذا القدر من اليد الذي يكون به المسح فقال إن مسحه بأقل من ثلاثة أصابع لم يجزه وأما الشافعي فلم يحد في المسح ولا في الممسوح حداً . وأصل الاختلاف في هذا الاشتراك الذي في الباء في كلام العرب وذلك انها مرة تكون زائدة مثل قوله تعالى (تنبت بالدهن) على قراءة من قرأ تنبت بضم التاء وكسر الباء من أنبت ومرة تدل على التبعض مثل قول القائل أخذت ثوبه وبعضه ولا معنى لانكار هذا في كلام العرب أعني كون الباء مبغضة وهو قول الكوفيين من النحويين فن رأها زائدة أو وجب مسح الرأس كله ومعنى الزائدة ها هنا كونها مؤكدة ومن رأها مبغضة أو وجب مسح بعضه وقد احتج من رجح هذا المفهوم بحديث المغيرة أن النبي عليه الصلاة والسلام : توضأ فمسح بناصرته وعلى العمامة خرجه مسلم وإن سلمنا أن الباء زائدة بقي ها هنا أيضاً احتمال آخر وهو هل الواجب الأخذ بأوائل الأسماء أو بأواخرها .

المسئلة السابعة من الأعداد رحم اتفق العلماء على أن الواجب من طهارة الأعضاء المغسولة هو مرة واحدة أسبغ وإن الاثنين والثلاث مندوب اليهما الماصح أنه صلى الله عليه وسلم

توضاً مرة مرة وتوضاً مرتين مرتين وتوضاً ثلاثاً ثلاثاً ثلاثاً لأن الأمر ليس يقتضي إلا الفعل مرة مرة أعني الأمر الوارد في الغسل في آية الوضوء . واختلفوا في تكرير مسح الرأس هل هو فضيلة أم ليس في تكريره فضيلة فذهب الشافعي إلى أنه من توضاً ثلاثاً ثلاثاً مسح رأسه أيضاً ثلاثاً ثلاثاً وأكثر الفقهاء يرون أن المسح لا فضيلة في تكريره . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في قبول الزيادة الواردة في الحديث الواحد إذا أتت من طريق واحد ولم يروها إلا أكثر وذلك أن أكثر الأحاديث التي روى فيها أنه توضاً ثلاثاً ثلاثاً تأمن حديث عثمان وغيره لم ينقل فيها إلا أنه مسح واحدة فقط . وفي بعض الروايات عن عثمان في صفة وضوئه أنه عليه الصلاة والسلام مسح برأسه ثلاثاً وعظم الشافعي وجوب قبول هذه الزيادة بظاهر عموم ما روى أنه عليه الصلاة والسلام توضاً مرة مرة ومرتين مرتين وثلاثاً ثلاثاً وذلك أن المعلوم من عموم هذا اللفظ وإن كان من لفظ الصحابي هو حمله على سائر أعضاء الوضوء إلا أن هذه الزيادة ليست في الصحيحين فإن صحت يجب المصير إليها لأن من سكنت عن شيء ليس هو بحجة على من ذكره وأكثر العلماء أوجب تجديد الماء لمسح الرأس قياساً على سائر الأعضاء وروى عن ابن الماجشون أنه قال إذا نفذ الماء مسح رأسه بليل لحيته وهو اختيار ابن حبيب ومالك والشافعي ويستحب في صفة المسح أن يبدأ بمقدم رأسه فيم يد به إلى قفاه ثم يردمه إلى حيث بدأ على ما في حديث عبد الله بن زيد الثابت . وبعض العلماء يختار أن يبدأ من مؤخر الرأس وذلك أيضاً مروي من صفة وضوئه عليه الصلاة والسلام من حديث

الربيع بنت معوذ إلا أنه لم يثبت في الصحيحين .

المسئلة الثامنة من تعيين الحال .
 اختلف العلماء في المسح على العمامة فأجاز ذلك أحمد ابن حنبل وأبو ثور والقاسم بن سلام وجماعة ومنع من ذلك جماعة منهم مالك والشافعي وأبو حنيفة . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في وجوب العمل بالأثر الوارد في ذلك من حديث المغيرة وغيره أنه عليه الصلاة والسلام مسح بناصيته وعلى العمامة وقياساً على الخف ولذلك اشترط أكثرهم لبسها على طهارة وهذا الحديث إنما رده من رده إماماً لأنه لم يصح عنده وإماماً لأن ظاهر الكتاب عارضه عنده أعني الأمر فيه بمسح الرأس وإماماً لأنه لم يشتهر العمل به عندهم يشترط اشتهاً العمل فيما نقل من طريق الأحاد وبخاصة في المدينة على المعلوم من مذهب مالك أنه يراعى اشتهاً العمل وهو حديث خرجه مسلم وقال فيه أبو عمر بن عبد البر إنه حديث معلول وفي بعض طرقه أنه مسح على العمامة ولم يذكر الناصية ولذلك لم يشترط بعض العلماء في المسح على العمامة المسح على الناصية إذ لا يجمع الأصل والبدل في فعل واحد

المسئلة التاسعة من الاركان ﴿١﴾ اختلفوا في مسح الاذنين هل هو سنة أو فرضية وهل يحددهما الماء أم لا فذهب بعض الناس إلى أنه فرضية وأنه يحددهما الماء ومن قال بهذا القول جماعة من أصحاب مالك ويتأولون مع هذا أنه مذهب مالك لقوله فيهما إنهما من الرأس وقال أبو حنيفة وأصحابه مسحهما فرض كذلك ^(١) إلا أنهم يمسحان مع الرأس بما واحد وقال الشافعي مسحهما سنة ويجددلهما الماء وقال بهذا القول جماعة أيضاً من أصحاب مالك ويتأولون أيضاً أنه قول الماروي عنه أنه قال حكم مسحهما حكم المضمضة . وأصل اختلافهم في كون مسحهما سنة أو فرضاً اختلافاً في الآثار الواردة بذلك أعني مسحه عليه الصلاة والسلام أذنيه هل هي زيادة على ما في الكتاب من مسح الرأس فيكون حكمهما أن يحمل على الندب لمكان التعارض الذي يتخيل بينهما وبين الآية أن حملت على الوجوب أم هي مبنية للمجمل الذي في الكتاب فيكون حكمهما حكم الرأس في الوجوب فمن أوجبها جعلها مبنية للمجمل الكتاب ومن لم يوجبها جعلها زائدة كالمضمضة والآثار الواردة بذلك كثيرة وإن كانت لم تثبت في الصحيحين فهي قد اشتهر العمل بها . وأما اختلافهم في تجديد الماء لهما فسيببه تردد الأذنين بين أن يكونا عضوًا مفردًا بذاته من أعضاء الوضوء أو يكون جزءاً من الرأس وقد شذ قوم فذهبوا إلى أنهما يغسلان مع الوجه وذهب آخرون إلى أنه يمسح باطنهما مع الرأس و يغسل ظاهرهما مع الوجه وذلك لتردد هذا العضو بين أن يكون جزءاً من الوجه أو جزءاً من الرأس وهذا لا معنى له مع اشتهاار الآثار في ذلك بالمسح واشتهاار العمل به والشافعي يستحب فيهما التكرار كما يستحب في مسح الرأس .

المسئلة العاشرة من الصفات ﴿٢﴾ اتفق العلماء على أن الرجلين من أعضاء الوضوء واختلفوا في نوع طهارتهما فقال قوم طهارتهما الغسل وهم الجمهور وقال قوم فرضهما المسح وقال قوم بل طهارتهما تجوز بالتوعين الغسل والمسح وأن ذلك راجع إلى اختيار المكف . وسبب اختلافهم القراءة أن المشهور أن في آية الوضوء أعني قراءة من قرأ أو أركبكم بالنصب عطفاً على المغسول وقراءة من قرأ أو أركبكم بالخفض عطفاً على الممسوح وذلك أن قراءة النصب ظاهرة في الغسل وقراءة الخفض ظاهرة في المسح كظهور تلك في الغسل فمن ذهب إلى أن فرضهما واحد من هاتين الطهارتين على التعيين إما الغسل وإما المسح ذهب إلى ترجيح ظاهر أحدى القراءتين على القراءة الثانية وصرف بالتأويل ظاهر القراءة الثانية إلى معنى ظاهر القراءة التي ترجحت عنده ومن اعتقد أن دلالة كل واحدة من القراءتين على ظاهرها على السواء وأنه

ليست احداً ما على ظاهرها أدل من الثانية على ظاهرها أيضاً جمل ذلك من الواجب المخير
 ككثرة آيمين وغير ذلك وبه قال الطبري وداود وللجهمي رأياً ويأت في قراءة الخفض
 أجودها أن ذلك عطف على اللفظ لا على المعنى إذ كان ذلك موجوداً في كلام العرب مثل
 قول الشاعر :

(لعب الزمان بها وغيرها * بعدى سوا في المور والقطر)

بالخفض ولو عطف على المعنى لرفع القطر وأما الفرق الثاني وهم الذين أوجبوا المسح فاهم
 تأولو قراءة التعصب على أنها عطف على الموضع كما قال الشاعر :

فلسنا بالجبال ولا الحديد * وقد رجح الجمهور قراءتهم هذه بالثابت عنه عليه الصلاة
 والسلام إذ قال في قوم لم يستوفوا غسل أقدامهم في الوضوء : ويل للعقاب من النار قالوا فهذا
 يدل على أن الغسل هو الفرض لأن الواجب هو الذي يتعلق بتركه العقاب وهذا ليس فيه حجة
 لأنه إنما وقع الوعيد على أنهم تركوا أعتابهم دون غسل ولا شك أن من شرع في الغسل ففرضه
 الغسل في جميع القدم كما أن من شرع في المسح ففرضه المسح عند من يخير بين الأمرين .

وقد يدل على هذا ما جاء في أثر آخر خرجه أيضاً مسلم أنه قال : فجعلنا مسح على أرجلنا فإدى
 ويل للعقاب من النار وهذا الأثر وإن كانت العادة قد جرت بالاحتياج به في منع المسح
 فهو أدل على جوازه منه على منعه لأن الوعيد إنما يتعلق فيه بترك التعميم لأنواع الطهارة بل
 سكت عن نوعها وذلك دليل على جوازها وجواز المسح هو أيضاً مروى عن بعض الصحابة
 والتابعين ولكن من طريق المعنى فالغسل أشد مناسبة للتقدمين من المسح كما أن المسح أشد
 مناسبة للرأس من الغسل إذ كانت القدمان لا يتقى دنسهما عالياً إلا بالغسل ويتقى دنس
 الرأس بالمسح وذلك أيضاً غالب والمصالح المعقولة لا يمتنع أن تكون أسباباً للعبادات المقررة
 حتى يكون الشرع لا حظ فيها ماعنيين معنى مصالحها ومعنى عباديها وأعني بالمصلحة ما يرجع
 إلى الأمور المحسوسة وبالعبادة ما يرجع إلى زكاة النفس وكذلك اختلفوا في الكعبين هل
 يدخلان في المسح أو في الغسل عند من أجاز المسح . وأصل اختلافهم الاشتراك الذي في
 حرف إلى أعني في قوله تعالى (وأرجلكم إلى الكعبين) وقد تقدم القول في اشتراك هذا الحرف
 في قوله تعالى (إلى المرفقين) لكن الاشتراك وقع هنالك من جهتين من اشتراك اسم اليد ومن
 اشتراك حرف إلى وهما من قبل اشتراك حرف إلى فقط . وقد اختلفوا في الكعب ما هو
 وذلك لا اشتراك اسم الكعب واختلاف أهل اللغة في دلالة فقيل هما العظامان اللذان عند
 معتد الشراك وقيل هما العظامان اللتان في طرف الساق ولا خلاف في ما أحسب في
 دخولهما في الغسل عند من يرى أنهما عند معتد الشراك إذا كانا جزءاً من القدم ولذلك قال قوم

انه اذا كان الحد من جنس المحدود دخلت الغاية فيه أعني الشيء الذي يدل عليه حرف الى واذا لم يكن من جنس المحدود لم يدخل فيه مثل قوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) .

المسئلة الحادية عشرة من الشروط ١٠ اختلفوا في وجوب ترتيب أفعال الوضوء على إسق الآية فمال قوم هوسنة وهو الذي حكاه المتأخرون من أصحاب مالك عن المذهب وبه قال أبو حنيفة والثوري وداود وقال قوم هو فرضه وبه قال الشافعي وأحمد وأبو عبيد وهذا كله في ترتيب المقر وض مع المقر وض وأما ترتيب الأفعال المقر وضه مع الأفعال المسنونة فهو عند مالك مستحب وقال أبو حنيفة هوسنة . وسبب اختلافهم شيان ، أحدهما الاشتراك الذي في واو العطف وذلك انه قد يعطف بها الأشياء المرتبة بعضها على بعض وقد يعطف بها غير المرتبة وذلك ظاهر من استقراء كلام العرب ولذلك انقسم النحويون فيها قسمين فقال نحاة البصرة ليس تقتضي تسقا ولا ترتيبا وإنما تقتضي الجمع فقط وقال السكوفيون بل تقتضي النسق والترتيب فمن رأى أن الواو في آية الوضوء تقتضي الترتيب قال بإيجاب الترتيب ومن رأى انها لا تقتضي لم يقل بإيجابه ، والسبب الثاني اختلافهم في أفعاله عليه الصلاة والسلام هل هي محمولة على الوجوب أو على الندب فمن حملها على الوجوب قل بوجوب الترتيب لانه لم ير وعنه عليه الصلاة والسلام أنه توضأ قط الامر بتبوا ومن حملها على الندب قال ان الترتيب سنة ومن فرق بين المسنون والمقر وض من الأفعال قال ان الترتيب الواجب إنما ينبغى أن يكون في الأفعال الواجبة ومن لم يفرق قال ان الشروط الواجبة قد تكون في الأفعال التي ليست واجبة .

المسئلة الثانية عشرة من الشروط ١١ اختلفوا في الموالاة في أفعال الوضوء فذهب مالك الى أن الموالاة فرض مع الذكر ومع القدرة ساقطة مع النسيان ومع الذكر عند العذر ما لم يتفاحش التفاوت وذهب الشافعي وأبو حنيفة الى أن الموالاة ليست من واجبات الوضوء . والسبب في ذلك الاشتراك الذي في الواو أيضا وذلك انه قد يعطف بها الأشياء المتتابعة المتلاحقة بعضها على بعض وقد يعطف بها الأشياء المتراخية بعضها عن بعض وقد احتج قوم لسقوط الموالاة بما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يتوضأ في أول طهوره ويؤخر غسل رجله الى آخر الطهر وقد يدخل الخلاف في هذه المسئلة أيضا في الاختلاف في حمل الأفعال على الوجوب أو على الندب وإنما فرق مالك بين العمد والنسيان لان الناسي الاصل فيه في الشرع انه معفو عنه الى ان يقوم الدليل على غير ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وكذلك العذر يظهر من أمر الشرع ان له تأثيرا في التخفيف وقد ذهب قوم

الى أن التسمية من فرض الوضوء واحتجوا لذلك بالحديث المرفوع وهو قوله عليه السلام
والسلام: لا وضوء لمن لم يسلم الله وهذا الحديث لم يصح عند أهل النقل وقد حمّله بعضهم على
أن المراد به النية وبعضهم حمّله على التدب في أحسب. فهذه مشهورات المسائل التي تجرى
من هذا الباب مجرى الأصول وهي كما قلنا متعلقة إما بصفات أفعال هذه الطهارة وإما بتجديدها
مواضعها وإما بتعريف شروطها وأركانها وسائر ما ذكره.

ومما يتعلق بهذا الباب مسح الخفين إذ كان من أفعال الوضوء. والكلام المحيط بأصل
يتعلق بالنظر في سبع مسائل بالنظر في جوازده وفي تحديد محله وفي تعيين محله وفي صفته أعني
صفة الحل وفي توقيته وفي شروطه وفي نواقضه.

المسألة الأولى: فاما الجواز ففيه ثلاثة أقوال: القول المشهور أنه جائز على الإطلاق وبه
قال جمهور فقهاء الامصار، والقول الثاني جوازده في السفر دون الحضر، والقول الثالث منع
جوازده باطلاق وهو أشدّها والاقاويل الثلاثة مروية عن الصدر الاول وعن مالك. والسبب في اختلافهم ما يظن من معارضة آية الوضوء الواردة فيها الامر بغسل الرجل الا
التي وردت في المسح مع تأخر آية الوضوء وهذا الخلاف كان بين الصحابة في الصدر الاول
فكان منهم من يرى ان آية الوضوء ناسخة لتلك الآثار وهو مذهب ابن عباس واحتج القائلون
بجوازده بما رواه مسلم انه كان يعجبهم حديث جريرو ذلك أنه روى أنه رأى النبي عليه الصلاة
والسلام: مسح على الخفين فقتل له إنما كان ذلك قبل نزول المائدة فقال ما أسلمت الا بعد
نزول المائدة وقال المتأخرون القائلون بجوازده ليس بين الآية والآثار تعارض لان الامر
بالغسل إنما هو متوجه الى من لا خف له والرخصة إنما هي للابس الخف وقيل ان تأويل
قراءة الرجل بالخف هو المسح على الخفين وأما من فرق بين السفر والحضر فلان أكثر
الآثار الصحاح الواردة في مسحه عليه الصلاة والسلام إنما كانت في السفر مع ان السفر مشعر
بالرخصة والتخفيف والمسح على الخفين هو من باب التخفيف فان نزعه مما يشق على المسافر.
المسألة الثانية: وأما تحديد الحل فاختلف فيه أيضاً فقهاء الامصار فقال قوم ان الواجب
من ذلك مسح أعلى الخف وان مسح الباطن أعني أسفل الخف مستحب ومالك أحد من
رأى هذا الشافعي ومنهم من أوجب مسح ظهورهما وبطنهما وهو مذهب ابن نافع من
أصحاب مالك ومنهم من أوجب مسح الظهور فقط ولم يستحب مسح البطن وهو مذهب
أبي حنيفة وداود وسفيان وجماعة وشذأ شهب فقال إن الواجب مسح الباطن أو الأعلى

أيها المسح . وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة في ذلك وتشبيه المسح بالغسل وذلك ان في ذلك أثرين متعارضين ، أحدهما حديث المغيرة بن شعبة وفيه انه صلى الله عليه وسلم : مسح على الخف وباطنه والآخر حديث علي : لو كان الدين بالرأى لكان أسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم : يمسح على ظاهر خفيه فن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين حمل حديث المغيرة على الاستحباب وحديث علي على الوجوب وهي طريقة حسنة ومن ذهب مذهب الترجيح أخذ إما بحديث علي وإما بحديث المغيرة فن رجح حديث المغيرة على حديث علي رجحه من قبل القياس أعنى قياس المسح على الغسل ومن رجح حديث علي رجحه من قبل مخالفته للقياس أو من جهة السند والاسعد في هذه المسئلة هو مالك . وأما من أجاز الاقتصار على مسح الباطن فقط فلا أعلم له حجة لا نه لا هذا الاثر أتبع ولا هذا القياس استعمل أعنى قياس المسح على الغسل .

المسئلة الثالثة : وأما نوع محل المسح فان الفقهاء القائلين بالمسح اتفقوا على جواز المسح على الخفين واختلغوا في المسح على الجوربين فأجاز ذلك قوم ومنعه قوم ومن منع ذلك مالك والشافعي وأبو حنيفة ومن أجاز ذلك أبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة وسفيان الثوري . وسبب اختلافهم في صحة الآثار الواردة عنه عليه الصلاة والسلام : أنه مسح على الجوربين والنعلين واختلغوا في هل يقاس على الخف غيره أم هي عادة لا يقاس عليها ولا يتعدى بها محلها فن لم يصح عنده الحديث أولم يبلغه ولم ير القياس على الخف قصر المسح عليه ومن صح عنه الأثر وأجوز القياس على الخف أجاز المسح على الجوربين وهذا الأثر لم يخرج الشيخان أعنى البخاري ومسلم وصححه الترمذي ولتردد الجوربين بين الحنليين بين الخف والجورب غير المجدد عن مالك في المسح عليهما روايتان أحدهما بالمنع والأخرى بالحواز **المسئلة الرابعة** : وأما صفة الخف فانهم اتفقوا على جواز المسح على الخف الصحيح واختلغوا في المخرق فقال مالك وأصحابه يمسح عليه اذا كان المخرق يسيرا وحده أبو حنيفة بما يكون الظاهر منه أقل من ثلاثة أصابع وقال قوم بجواز المسح على الخف المتخرق مادام يسمى خفا وان تفاش خرقه ومن روى عنه ذلك الثوري ومنع الشافعي أن يكون في مقدم الخف خرق يظهر منه القدم ولو كان يسيرا في أحد القولين عنه . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في انتقال القرض من الغسل الى المسح هل هو لموضع السترة أعنى ستر الخف القدمين أم هو لموضع المشقة في نوع الخفين فن رآه لموضع السترة لم يحز المسح على الخف المتخرق لانه اذا انكشف من القدم شيء انتقل فرضها من المسح الى الغسل ومن رأى ان العلة في ذلك

المسئلة لم يعتبر الخرق مدام يسمى خفياً . وأما التفريق بين الخرق الكثير واليسير فاستحسن
 ورفع المخرج وقال الثوري كانت خفاف المهاجرين والا نصار لا تسلم من الخرق كخفاف
 الناس بلو كان في ذلك خطر لورد وتقتل عنهم . قلت هذه المسئلة هي مسكوت عنها بلو كان
 فيها حكم مع عموم الابتناء به لبيته صلى الله عليه وسلم وقد قال تعالى (لتبين للناس ما نزل اليهم)
 في المسئلة الخامسة . وأما التوقيف فان الفقهاء أيضاً اختلفوا فيسفرأى مالك ان ذلك غير
 موقت وان لا بس الخف يمسح عليهم اما لم يزرعها أو تصيبه جنابة وذهب أبو حنيفة والشافعي
 الى ان ذلك موقت . والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك وذلك انه ورد في ذلك
 ثلاثة أحاديث ، أحدها حديث علي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : جعل رسول الله
 صلى الله عليه وسلم ثلاثة أيام وليا لهن للمسافر ويوما ولية للمقيم خرجه مسلم ، والثاني حديث
 أبي بن عمارة انه قال : يا رسول الله أمسح على الخف قال نعم قال يوما قال نعم قال ويومين قال
 نعم قال وثلاثة قال نعم حتى بلغ سبعم قال امسح مابدالك خرجه أبو داود والطحاوي والثالث
 حديث صفوان بن عسال قال : كنا في سفر فامرنا ألا نزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن الا من
 جنابة ولكن من بول أو نوم أو غائط ^(١) (قلت) أما حديث علي فصحيح خرجه مسلم وأما
 حديث أبي بن عمارة فقال فيه أبو عمر بن عبد البر إنه حديث لا يثبت وليس له اسناد قائم
 ولذلك ليس ينمى أن يعارض به حديث علي وأما حديث صفوان بن عسال فهو وان كان لم
 يخرج به البخاري ولا مسلم فانه قد صححه قوم من أهل العلم بالحديث الترمذي وأبو محمد بن حزم
 وهو بظاهره معارض بدليل الخطاب لحديث أبي كحديث علي وقد يحتمل ان يجمع بينهما بان
 يقال ان حديث صفوان وحديث علي خرجا مخرج السؤال عن التوقيت وحديث أبي بن
 عمارة نص في ترك التوقيت لكن حديث أبي لم يثبت بعد فعلى هذا يجب العمل بحديثي علي
 و صفوان وهو الاظهر الا أن دليل الخطاب فيهما يعارضه القياس وهو كون التوقيت غير مؤثر
 في نقض الطهارة لان النواقض هي الاحداث .

المسئلة السادسة . وأما شرط المسح على الخفين فهو أن تكون الرجلان طاهرتين بطهر
 الوضوء وذلك شئ يجمع عليه الا خلافا شاذا وقد روى عن ابن القاسم عن مالك ذكره ابن
 لبابة في المنتخب واعمال قال به الا كثر لثبوته في حديث المغيرة وغيره اذ أراد أن يزرع الخف عنه
 فقال عليه الصلاة والسلام : دعهما فاني أدخلتهما وهما طاهرتان والمخالف حمل هذه الطهارة
 على الطهارة اللغوية . واختلف الفقهاء من هذا الباب فيمن غسل رجله ولبس خفيه ثم أتم

(١) هكذا رواية الترمذي ورواية السائي ثلاثة أيام ولياليهن من غائط وبول ونوم الا من جنابة

وضوءه هل يمسح عليهما فمن لم يران الترتيب واجب ورأى ان الطهارة تصح لكل عضو قبل ان تكل الطهارة لجميع الاعضاء قال يجوز ذلك ومن رأى ان الترتيب واجب وانه لا تصح طهارة العضو الا بعد طهارة جميع أعضاء الطهارة لم يحجز ذلك و بالقول الاول قال أبو حنيفة والثاني قال الشافعي ومالك الا ان مالك لم يمنع ذلك من جهة الترتيب وانما منعه من جهة انه يرى أن الطهارة لا توجد للعضو الا بعد كمال جميع الطهارة وقد قال عليه الصلاة والسلام: وهما طاهران فأخبر عن الطهارة الشرعية وفي بعض روايات المغيرة: اذا أدخلت رجلك في الخف وهما طاهران فامسح عليهما وعلى هذه الاصول يتفرع الجواب فممن لبس أحد خفيه بعد أن غسل إحدى رجليه وقبل أن يغسل الاخرى فقال مالك لا يمسح على الخفين لانه لا لبس للخف قبل تمام الطهارة وهو قول الشافعي واحمد واسحاق وقال أبو حنيفة والثوري والمري والطبري وداود يجوز له المسح وبه قال جماعة من أصحاب مالك منهم مطرف وغيره وكلهم أجمعوا انه لو نزع الخف الاول بعد غسل الرجل الثانية ثم لبسها جاز له المسح وهل من شرط المسح على الخف الا يكون على خف أخبر عن مالك فيه قولان . وسبب الخلاف هل كما تنتقل طهارة القدم الى الخف اذا استره الخف كذلك تنتقل طهارة الخف الى الخف الا ان الواجبة الى الخف الا على من شبه النقلة الثانية بالاولى أجاز المسح على الخف الا على ومن لم يشبهها بها وظهر له الفرق لم يحجز ذلك .

﴿ المسئلة السابعة ﴾ فاما نواقض هذه الطهارة فانهم أجمعوا على أنها نواقض الوضوء بعينها واختلفوا هل نزع الخف ناقض لهذه الطهارة أم لا فقال قوم ان نزع وغسل قدميه فطهرته باقية وان لم يغسلهما وصلى أعاد الصلاة بعد غسل قدميه ومن قال بذلك مالك وأصحابه والشافعي وأبو حنيفة الا ان مالك رأى انه ان أخر ذلك استأنف الوضوء على رأيه وفي وجوب الموالاة على الشرط الذي تقدم وقال قوم طهارته باقية حتى يحدث حدثا ينقض الوضوء وليس عليه غسل ومن قال بهذا القول داود وابن أبي ليلى وقال الحسن بن حي اذا نزع خفيه فقد بطلت طهارته وبكل واحد من هذه الاقوال الثلاثة قالت طائفة من فقهاء التابعين وهذه المسئلة هي مسكوت عنها . وسبب اختلافهم هل المسح على الخفين هو أصل بذاته في الطهارة أو بدل من غسل القدمين عند غيبيتهما في الخفين فان قلنا هو أصل بذاته فالطهارة باقية وان نزع الخفين كمن قطعت رجلا بعد غسلهما وان قلنا انه بدل فيحتل أن يقال اذا نزع الخف بطلت الطهارة ان كنا نشترط الفور ويحتل أن يقال ان غسلهما أجزأت الطهارة اذا لم يشترط الفور وأما اشتراط الفور من حين نزع الخف فضعيف وانما هو شيء

يتخيل فهذا ما رأينا أن نثبته في هذا الباب .

﴿ الباب الثالث في المياه ﴾

والاصل في وجوب الطهارة بالمياه قوله تعالى (و ينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به) وقوله (فلم يجدوا ماء فميموا صعيدا طيبا) واجمع العلماء على ان جميع أنواع المياه طاهرة في نفسها مطهرة لغيرها الا ماء البحر فان فيه خلافا في الصدر الاول شاذ أو هم محجوجون بتناول اسم الماء المطلق له وبالنظر الذي خرج به مالك وهو قوله عليه الصلاة والسلام في البحر: هو الطهور ماؤه الحل ميتته وهو وان كان حديثا مختلفا في صحته فظاهر الشرع يعضده وكذلك أجمعوا على ان كل ما يغير الماء مما لا ينفك عنه غالبا انه لا يسلبه صفة الطهارة والتطهير الا خلافا شاذا روى في الماء الآجن عن ابن سيرين وهو أيضا محجوج بتناول اسم الماء المطلق له . وانفقوا على ان الماء الذي غيرت النجاسة اما طعمه أو لونه أو ريحه أو أكثر من واحد من هذه الاوصاف انه لا يجوز به الوضوء ولا الطهور . وانفقوا على ان الماء الكثير المستبحر لا تضره النجاسة التي لم تغير أحد أوصافه وانه طاهر فهذا ما أجمعوا عليه من هذا الباب . واختلفوا من ذلك في ست مسائل تجرى محرى القواعد والاصول لهذا الباب .

المسئلة الاولى ﴿ اختلفوا في الماء اذا خالطته نجاسة ولم تغير أحد أوصافه فقال قوم هو طاهر سواء كان كثيرا أو قليلا وهي احدى الروايات عن مالك وبه قال أهل الظاهر وقال قوم بالفرق بين القليل والكثير فقالوا ان كان قليلا كان نجسا وان كان كثيرا لم يكن نجسا وهؤلاء اختلفوا في الحد بين القليل والكثير فذهب أبو حنيفة الى ان الحد في هذا هو أن يكون الماء من الكثرة بحيث اذا حركه آدمي من أحد طرفيه لم تسر الحركة الى الطرف الثاني منه وذهب الشافعي الى ان الحد في ذلك هو قتلان من قلال هجر وذلك نحو من خمسمائة رطل ومنهم من لم يحد في ذلك حدا ولكن قال ان النجاسة تفسد قليل الماء وان لم تغير أحد أوصافه وهذا أيضا مروى عن مالك وقد روى أيضا أن هذا الماء مكره فيتحصل عن مالك في الماء اليسير تحله النجاسة اليسيرة ثلاثة أقوال، قول ان النجاسة تفسده، وقول انه لا تفسده الا أن يتغير أحد أوصافه، وقول انه مكره . وسبب اختلافهم في ذلك هو تعارض ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك وذلك ان حديث أبي هريرة المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام: اذا استيقظ أحدكم من نومه الحديث يفهم من ظاهره ان قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك أيضا حديث أبي هريرة الثابت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال: لا يبولن أحدكم في الماء الدائم ثم

يغتسل فيه فإنه يوم يظهره أيضاً أن قليل النجاسة ينجس قليل الماء وكذلك ما ورد من النهي عن اغتسال الجنب في الماء الدائم وأما حديث أنس الثابت أن أعرابيا قام الى ناحية من المسجد فبال فيها فصباح به الناس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم دعوه فلما فرغ أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذنوب ماء وصب على بوله فظاهره أن قليل النجاسة لا يفسد قليل الماء اذ معلوم أن ذلك الموضع قد ظهر من ذلك الذنوب وحديث أبي سعيد الخدري كذلك أيضاً أخرجه أبو داود وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول له انه يستقي من بئر بضاعة وهي بئر يلقى فيها الحوم الكلاب والحائض وعذرة الناس فقال النبي عليه الصلاة والسلام: ان الماء لا ينجسه شيء فقام العلماء الجتمع بين هذه الاحاديث واختلوا في طريق الجمع فاختلفت لذلك مذاهبهم فمن ذهب الى القول بظاهر حديث الاعرابي وحديث أبي سعيد قال ان حديثي أبي هريرة غير معقولي المعنى وامثال ما تضمنه عبادة لا لان ذلك الماء ينجس حتى ان الظاهرة أفرطت في ذلك فقالت لو صب البول انسان في ذلك الماء من قدح لما كره الغسل به والوضوء فجمع بينهما على هذا الوجه من قال هذا القول ومن كره الماء القليل تحله النجاسة اليسيرة جمع بين الاحاديث فانه حمل حديثي أبي هريرة على الكراهية وحمل حديث الاعرابي وحديث أبي سعيد على ظاهرهما أعني على الاجزاء وأما الشافعي وأبو حنيفة فجمع بين حديثي أبي هريرة وحديث أبي سعيد الخدري بأن حمل حديثي أبي هريرة على الماء القليل وحديث أبي سعيد على الماء الكثير وذهب الشافعي الى ان الحديث في ذلك الذي يجمع الاحاديث هو ما ورد في حديث عبد الله بن عمر عن أبيه خروجه أبو داود والترمذي وصححه أبو محمد بن حزم قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما ينوبه من السباع والدواب فقال: ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثا وأما ابو حنيفة فذهب الى ان الحديث في ذلك من جهة القياس وذلك انه اعتبر سريان النجاسة في جميع الماء بسريان الحركة فاذا كان الماء بحيث يظن أن النجاسة لا يمكن فيها أن تسري في جميعه فالماء طاهر لكن من ذهب هذين المذهبين فحديث الاعرابي المشهور معارض له ولا بد فذلك لجأت الشافعية الى أن فرقت بين ورود الماء على النجاسة وورود النجاسة على الماء فقالوا ان ورود عليها الماء كما في حديث الاعرابي لم ينجس وان وردت النجاسة على الماء كما في حديث أبي هريرة نجس وهذا تحكم وله اذا تأمل وجهه من النظر وذلك انهم انما صاروا الى الاجماع على ان النجاسة اليسيرة لا تؤثر في الماء الكثير اذا كان الماء الكثير بحيث يتوهم أن النجاسة لا تسري في جميع أجزائه وأنه يستحيل عينه عن الماء الكثير واذا كان ذلك كذلك فلا يعبدان

قدراً مما من الماء لوجهه قدر ما من النجاسة لسرت فيه ولو كان نجساً فاذا ورد ذلك الماء على
 النجاسة جزءاً آخر جزءاً معلوماً به تفتى عين تلك النجاسة وتذهب قبل فناء ذلك الماء وعلى هذا
 فيكون آخر جزء ورد من ذلك الماء قد طهر المحل لأن نسبته إلى ما ورد عليه مما بقي من النجاسة
 نسبة الماء الكثير إلى القليل من النجاسة ولذلك كان العلم بمع في هذه الحال بذهاب عين
 النجاسة أعنى في وقوع الجزء الأخير الطاهر على آخر جزء يبقى من عين النجاسة ولهذا أجمعوا
 على أن مقدار ما يتوضأ به يطهر قطرة البول الواقعة في الثوب أو البدن . واختلفوا إذا وقعت
 القطرة من البول في ذلك القدر من الماء . وأولى المذاهب عندى وأحسنها طريقة في الجمع هو
 أن يحمل حديث أبي هريرة وما في معناه على الكراهية وحديث أبي سعيد وأسس على الجواز
 لأن هذا التأويل يبقى مفهوم الأحاديث على ظاهرها أعنى حديث أبي هريرة من أن المقصود
 بها تأثير النجاسة في الماء وحدا الكراهية عندى هو ما توافقه النفس وترى أنه ماء خبيث
 وذلك أن ما يعاف الإنسان شره يجب أن يحتجب استعماله في القرية إلى الله تعالى وإن يعاف
 وروده على ظاهر بدنه كما يعاف وروده على داخله وأما من احتج بأنه لو كان قليل النجاسة
 ينجس قليل الماء كما كان الماء يطهر أحداً أبداً إذا كان يجب على هذا أن يكون المنفصل من
 الماء عن الشيء النجس المنفصود تطهيره أبداً نجساً فقول لا معنى له لما بيناه من أن نسبة آخر
 جزء ورد من الماء على آخر جزء يبقى من النجاسة في المحل نسبة الماء الكثير إلى النجاسة
 القليلة وإن كان يعجب به كثير من المتأخرين فانا نعلم قطعاً أن الماء الكثير يحيل النجاسة
 ويقلب عينها إلى الطهارة ولذلك أجمع العلماء على أن الماء الكثير لا يفسده النجاسة القليلة
 فاذا تابع الغاسل صب الماء على المكان النجس أو العضو النجس فيحيل الماء ضرورة عين
 النجاسة بكثرة ولا فرق بين الماء الكثير أن يرد على النجاسة الواحدة بعينه دفعة أو يرد
 عليها جزءاً بعد جزء فاذا هؤلاء إنما احتجوا بموضع الإجماع على موضع الخلاف من حيث
 لم يشعروا بذلك والموضعان في غاية التباين . فهذا ما ظهر لنا في هذه المسئلة من سبب اختلاف
 الناس فيها وترجيح أقوالهم فيها ولوددنا أن لو سلكتنا في كل مسئلة هذا المسلك لكن رأينا أن
 هذا يقتضى طولاً وربما عاق الزمان عنه وإن الاحوط هو أن نؤم الغرض الأول الذى
 قصدناه فان سر الله تعالى فيه وكان لنا انفساح من العمر فسيتم هذا الغرض .

(المسئلة الثانية) الماء الذى خالطه زعفران أو غيره من الاشياء الطاهرة التى تنفك منه غالباً
 متى غيرت أحد أوصافه فإنه طاهر عند جميع العلماء غير مطهر عند مالك والشافعى ومطهر عند
 أبى حنيفة ما لم يكن التغير عن طبعه . وسبب اختلافهم هو خفاء تناول اسم الماء المطابق

للماء الذي خالطه أمثال هذه الاشياء أعني هل يتناولوه أولاً يتناولوه فن رأى انه لا يتناولوه اسم الماء المطلق وإنما يضاف الى التسمية الذي خالطه فيقال ماء كذا الا ماء مطلق لم يجز الوضوء به اذ كان الوضوء إنما يكون بالماء المطلق ومن رأى انه يتناولوه اسم الماء المطلق أجاز به الوضوء وظهور عدم تناول اسم الماء الماء المطبوخ مع شيء طاهر اتفقوا على أنه لا يجوز الوضوء به وكذلك مياه النبات المستخرجة منه الا ما في كتاب ابن سبعان من اجازة طهر الجمعة بماء الورود والحق ان الاختلاط يختلف بالكثرة والقلة فقد يبلغ من الكثرة الى حد لا يتناولوه اسم الماء المطلق مثل ما يقال ماء الغسل وقد لا يبلغ الى ذلك الحد وبخاصة متى تغيرت منه الريح فقط ولذا لم يعتبر الريح قوم ممن منعوا الماء المضاف وقد قال عليه الصلاة والسلام لام عطية عند أمره اياها بغسل ابنته: أغسلها بماء وسدر واجعلن في الاخيرة كافوراً أو شيئاً من كافور فهذا ماء مختلط ولكنه لم يبلغ من الاختلاط بحيث يسلب عنه اسم الماء المطلق وقد روى عن مالك اعتبار الكثرة في المخالطة والقلة والفرق بينهما فأجاز مع القلة وان ظهرت الاوصاف ولم يجزه مع الكثرة.

المسئلة الثالثة في الماء المستعمل في الطهارة اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال فتقوم لم يجزوا الطهارة به على كل حال وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة وقوم كرهوه ولم يجزوا التيمم مع وجوده وهو مذهب مالك وأصحابه وقوم لم يروا بينه وبين الماء المطلق فرقاً وبه قال أبو ثور وداود وأصحابه وشذ أبو يوسف فقال انه نجس . وسبب الخلاف في هذا أيضاً ما يظن من انه لا يتناولوه اسم الماء المطلق حتى أن بعضهم غلاظن ان اسم الغسالة أحق به من اسم الماء وقد ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم كان أصحابه يقتتلون على فضل وضوءه ولا بد أن يقع من الماء المستعمل في الاناء الذي بقي فيه الفضل وبالجملة فهو ماء مطلق لانه في الغلب ليس ينتهي الى أن يتغير أحد أوصافه بدنس الاعضاء التي تغسل به فان انتهى الى ذلك فحكمه حكم الماء الذي تغير أحد أوصافه بتسئ طاهر وان كان هذا انعافه النفس أكثر وهذا الخط من كرهه وأما من زعم انه نجس فلا دليل معه .

المسئلة الرابعة في انفق العلماء على طهارة استئثار المسامين وبهية الانعام واختلفوا فيما عدى ذلك اختلفا كثيراً فمنهم من زعم ان كل حيوان طاهر السور ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير فقط وهذا القولان مرويان عن مالك ومنهم من استثنى من ذلك الخنزير والكلب وهو مذهب الشافعي ومنهم من استثنى من ذلك السباع عامة وهو مذهب ابن القاسم ومنهم من ذهب الى ان الاستئثار تابعة للحوم فان كانت اللحوم محرمة فلا استئثار بنجسة وان كانت

مكر ودهون لا سئار مكر ودهون كانت مباحة فلا سئار طاهرة . واما سئور المشرك فتبيل انه نجس وقيل انه مكر و اذا كان يشرب الخمر وهو مذهب ابن القاسم وكذلك عنده جميع أسئار الحيوانات التي لا تتوقى التجاسة غالباً مثل الدجاج المخلاة والا بل الجلالة والكلاب المخلاة وسبب اختلافهم في ذلك هو ثلاثة أشياء ، أحدها معارضة القياس لظاهر الكتاب ، والثاني معارضته لظاهر الآثار ، والثالث معارضة الآثار ببعضها البعض في ذلك . واما القياس فهو انه لما كان الموت من غير ذكاة هو سبب نجاسة عين الحيوان بالشرع وجب أن تكون الحياة هي سبب طهارة عين الحيوان واذا كان ذلك كذلك فكل حي طاهر العين وكل طاهر العين فسؤره طاهر واما ظاهر الكتاب فانه عارض هذا القياس في الخنزير والمشرك وذلك أن الله تعالى يقول في الخنزير (فانه رجس) وما هو رجس في عينه فهو نجس لعينه ولذلك استثنى قوم من الحيوان الحي الخنزير فقط ومن لم يستثنه حمل قوله رجس على جهة الذم له واما المشرك ففي قوله تعالى (انما المشركون نجس) فن حمل هذا أيضاً على ظاهره استثنى من مقتضى ذلك في القياس المشركين ومن أخرجه مخرج الذم لهم طرد قياسه . واما الآثار فانها عارضت هذا القياس في الكلب والهر والسباع . واما الكلب فحديث أبي هريرة المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام : اذا ولغ الكلب في إباء أحدكم فليرقه وليغسله سبع مرات وفي بعض طرقه أولاهن بالتراب وفي بعضها وعفر ودالثامنة بالتراب واما الهر فمار وادقرة عن ابن سيرين عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : طهروا الاناء اذا ولغ فيه الهر ان يغسل مرة أو مرتين وقرة نقمة عند أهل الحديث واما السباع فحديث ابن عمر المتقدم عن أبيه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الماء وما ينوبه من السباع والدواب فقال : ان كان الماء قلتين لم يحمل خبثاً . واما تعارض الآثار في هذا الباب فمنها أنه روى عنه أنه سئل صلى الله عليه وسلم عن الحياض التي بين مكة والمدينة ترد بها الكلاب والسباع فقال : لها ما حملت في بطونها ولكم ما غرثا وشرابا وطهورا ونحو هذا حديث عمر الذي رواه مالك في موطاه وهو قوله يا صاحب الحوض لا تخمر نافعنا نرد على السباع وترد علينا وحديث أبي قتادة أيضاً الذي أخرجه مالك ان كبشة سكت له وضوء أجمعت هرة لتشرب منه فأصغى لها الاناء حتى شربت ثم قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : انما ليست بنجس انما هي من الطوافين عليكم أو الطوافات فاختلف العلماء في تأويل هذا لآثار ووجه جمعها مع القياس المذكور فذهب مالك في الامر باراقة سئور الكلب وغسل الاناء منه الى ان ذلك عبادة غير معالة وان الماء الذي يلغ فيه ليس بنجس ولم ير اراحة ما عدى الماء من الاشياء التي يلغ فيها الكلب في المشهور عنه وذلك

كما قلنا المعارضة ذلك القياس له ولا نه ظن أيضاً أنه ان فهم منه ان الكلب نجس العين عارضه
ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى (فكوا مما أمسكن عليكم) يريد انه لو كان نجس العين لنجس
الصيد بمماسسته وأيد هذا التأويل بما جاء في غسله من العدد والنجاسات ليس يشترط في
غسلها العدد فقال ان هذا الغسل انما هو عبادة ولم يرج على سائر تلك الآثار لضعفها عنده . وأما
الشافعي فاستثنى الكلب من الحيوان الحى ورأى ان ظاهر هذا الحديث يوجب نجاسة
سؤر رده وان لمابه هو النجس لا عينه فيما أحسب وانه يجب ان يغسل الصيد منه وكذلك استثنى
الخنزير لما كان الآية المذكورة . وأما أبو حنيفة فانه زعم أن المفهوم من هذا الآثار الواردة بنجاسة
سؤر السباع والهر والكلب هو من قبل تحريم لحومها وان هذا من باب الخاص أريد به العام
فقال الأسنار تابعة للحوم الحيوان وأما بعض الناس فاستثنى من ذلك الكلب والهر والسباع
على ظاهر الأحاديث الواردة في ذلك وأما بعضهم فحكم بطهارة سؤر الكلب والهر فاستثنى
من ذلك السباع فقط . أما سؤر الكلب فلا عدد المشرط في غسله ولمعارضة ظاهر الكتاب
له ولمعارضة حديث أبي قتادة اذ علل عدم نجاسة الهرّة من قبل انها من الطوائف والكلب
طواف وأما الهرّة فصيرا الى ترجيح حديث أبي قتادة على حديث قرّة عن ابن سيرين
وترجيح حديث ابن عمر على حديث عمر وما ورد في معناه لمعارضة حديث أبي قتادة له دليل
الخطاب وذلك أنه لما علل عدم النجاسة في الهرّة بسبب الطواف فهم منه ان ما ليس بطواف
وهى السباع فاستثارتها محرمة ومن ذهب هذا المذهب ابن القاسم وأما أبو حنيفة فقال كما قلنا
بنجاسة سؤر الكلب ولم ير العدد في غسله شرطاً في طهارة الاناء الذى ولغ فيه لانه عارض
ذلك عنده القياس في غسل النجاسات أعنى ان المعتبر فيها انما هو إزالة العين فقط وهذا على عاديه
في رد أخبار الآحاد لما كان معارضة الاصول لها . قال القاضي فاستعمل من هذا الحديث
بعضاً ولم يستعمل بعضاً أعنى أنه استعمل منه ما لم تعارضه عنده الاصول ولم يستعمل
ما عارضته منه الاصول وعضد ذلك بأنه مذهب أبي هريرة الذى روى الحديث . فهذه هى
الاشياء التى حركت الفقهاء الى هذا الاختلاف الكثير فى هذه المسئلة وقادتهم الى الافتراق
فيها والمسئلة اجتهادية محضة يعسر ان يوجد فيها ترجيح ولعل الارجح ان يستثنى من طهارة
استنار الحيوان الكلب والخنزير والمشرک لصحة الآثار الواردة فى الكلب ولان ظاهر
الكتاب أولى أن يتبع فى القول بنجاسة عين الخنزير والمشرک من القياس وكذلك ظاهر
الحديث وعليه أكثر الفقهاء أعنى على القول بنجاسة سؤر الكلب فان الامر باراقة ما ولغ
فيه الكلب مخيل ومناسب فى الشرع لنجاسة الماء الذى ولغ فيه أعنى أن المفهوم بالعادة فى

الشرع من الامر باراقة الشيء وغسل الاناء منه هو لنجاسة الشيء وما عترضوا به من أنه لو كان ذلك لنجاسة الاناء لم يشترط فيه العدد فغير تكثير أن يكون الشرع يخص نجاسة دون نجاسة بحكم دون حكم تغليظاً لها . قال القاضي وقد ذهب جدي رحمه الله عليه في كتاب المقدمات الى أن هذا الحديث معطل المعنى ليس من سبب النجاسة بل من سبب ما يتوقع أن يكون الكعب الذي ولغ في الاناء كلباً فيخاف من ذلك اسم قال ولذلك جاء هذا العدد الذي هو السبع في غسله فان هذا العدد قد استعمل في الشرع في مواضع كثيرة في العلاج والمداواة من الامراض وهذا الذي قاله رحمه الله هو وجه حسن على طريقة المالكية فانه اذا قلنا إن ذلك الماء غير نجس فالاولى ان يعطى علة في غسله من أن يقول انه غير معطل وهذا ظاهر بنفسه وقد اعترض عليه فيما بلغني بعض الناس بأن قال ان الكعب الكلب لا يقرب الماء حين كلبه وهذا الذي قالوه هو عند استحكام هذه العلة بالكلاب لا في مباديها وفي أول حدوثها فلا معنى لاعتراضهم وأيضاً فانه ليس في الحديث ذكر الماء وانما فيه ذكر الاناء واهل في سؤره خاصية من هذا الوجه ضارة أعني قبل ان يستحكم به الكعب ولا يستنكر ورود مثل هذا في الشرع فيكون هذا من باب ما ورد في الذباب إذا وقع في الطعام ان يعفس وتعليل ذلك بأن في أحد جناحيه داء وفي الآخر دواء وأما ما قيل في المذهب من أن هذا الكعب هو الكعب المنهي عن اتخاذه أو الكعب الحضري فضعيف وبعيد من هذا التعليل إلا أن يقول قائل ان ذلك أعني النهي من باب التحريم في اتخاذه .

المسئلة الخامسة **في** اختلاف العلماء في أسنار الطهر على خمسة أقوال فذهب قوم إلى أن أسنار الطهر ظاهرة باطلاق وهو مذهب مالك والشافعي وأبي حنيفة وذهب آخرون إلى أنه لا يجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة ويجوز للمرأة أن تتطهر بسؤر الرجل وذهب آخرون إلى أنه لا يجوز للرجل أن يتطهر بسؤر المرأة ما لم تكن المرأة جنباً أو حائضاً وذهب آخرون إلى أنه لا يجوز لواحد منهما أن يتطهر بفضل صاحبه إلا أن بشرعاً معاً وقال قوم لا يجوز وان شرعاً معاً وهو مذهب أحمد بن حنبل . وسبب اختلافهم في هذا اختلاف الآثار وذلك ان في ذلك أربعة آثار أحدها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يغتسل من الجنابة هو وأزواجه من اناء واحد والثاني حديث ميمونة أنها اغتسلت من فضلها والثالث حديث الحكم القناري ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى أن يتوضأ الرجل بفضل المرأة أخرجه أبو داود والترمذي والرابع حديث عبد الله بن سرجس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يغتسل الرجل بفضل المرأة والمرأة بفضل الرجل ولكن يسترعان معاً فذهب العلماء في تأويل هذه الأحاديث

مذهبيين مذهب الترجيح ومذهب الجمع في بعض والترجيح في بعض . وأما من رجح حديث اغتسال النبي صلى الله عليه وسلم مع أزواجه من اناء واحد على سائر الاحاديث لانه مما اتفق الصحاح على تحريمه ولم يكن عنده فرق بين أن يغتسل معاً أو يغتسل كل واحد منهما بفضل صاحبه لأن المغتسلين معاً كل واحد منهما مغتسل بفضل صاحبه وصحح حديث ميمونة مع هذا الحديث ورجحه على حديث الغفاري فقال بطهر الاسنار على الاطلاق وأما من رجح حديث الغفاري على حديث ميمونة وهو مذهب أبي محمد بن حزم وجمع بين حديث الغفاري وحديث اغتسال النبي مع أزواجه من اناء واحد بأن فرق بين الاغتسال معاً وبين أن يغتسل أحدهما بفضل الآخر وعمل على هذين الحديثين فقط أجاز للرجل أن يتطهر مع المرأة من اناء واحد ولم يحزان يتطهر هو من فضل طهرها وأجاز أن يتطهر هي من فضل طهره . وأما من ذهب مذهب الجمع بين الاحاديث كلها ما خلا حديث ميمونة فإنه أخذ بحديث عبد الله بن سرجس لانه يمكن ان يجمع عليه حديث الغفاري وحديث غسل النبي صلى الله عليه وسلم مع أزواجه من اناء واحد ويكون فيه زيادة وهي الاتوضاً المرأة أيضاً بفضل الرجل لكن يعارضه حديث ميمونة وهو حديث خرجه مسلم لكن قد علله كما قلنا بعض الناس من ان بعض رواه قال فيه أكثر ظني أو أكثر علمي ان أبا الشعثاء حدثني وأما من لم يحجز لواحد منهما ان يتطهر بفضل صاحبه ولا يشرع معاً فله له لم يبلغه من الاحاديث الاحاديث الحكم الغفاري وقاس الرجل على المرأة . وأما من نهى عن سؤر المرأة الجنب والحائض فتنظف فلست أعلم له حجة الا انه مروي عن بعض السلف أحسبه عن ابن عمر .

المسئلة السادسة . صار أبو حنيفة من بين معظم أصحابه وقتها إلى انصار إلى اجرة الوضوء بنيد التمر في السفر لحديث ابن عباس ان ابن مسعود خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: هل معك من ماء فقال معي نيد في أداتي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصيب فتوضأ به وقال شراب وطهور وحديث أبي رافع مولى ابن عمر عن عبد الله بن مسعود بمثله وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ثمرة طيبة وماء طهور وزعموا انه منسوب إلى الصحابة علي وابن عباس ولا يخالف لهم من الصحابة فكان كالاتفاق عندهم ورد أهل الحديث هذا الخبر ولم يقبلوه لضعف رواه ولانه قد روى من طريق أوثق من هذه الطرق ان ابن مسعود لم يكن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن واحتج الجمهور لهذا الحديث بقوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيباً) قالوا فلم يجعل هاهنا وسطاً بين الماء والصعيد وبقوله عليه الصلاة والسلام: الصعيد الطيب وضوء

المسلم وإن لم يجد الماء إلى غير جميع فإذا وجد الماء فامسح به بشرته ولهم أن يقولوا إن هذا قد أطلق عليه في الحديث اسم الماء والزيادة لا تقتضي نسخاً فيما رخصه الكتاب لكن هذا مخالف لتولمهم أن الزيادة نسخ .

﴿ الباب الرابع في نواقض الوضوء ﴾

والأصل في هذا الباب قوله تعالى (أوجاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء) وقوله عليه الصلاة والسلام: لا يقبل الله صلاة من أحدث حتى يتوضأ . وانتفى في هذا الباب على انتقاض الوضوء من البول والغائط والريح والمذي والودي لصحة الآثار في ذلك إذا كان خروجهما على وجه الصحة ويتعلق بهذا الباب مما اختلفوا فيه بسبع مسائل تجرى منه مجرى القواعد لهذا الباب .

﴿ المسألة الأولى ﴾ اختلف علماء الامصار في انتقاض الوضوء مما يخرج من الجسد من النجس على ثلاثة مذاهب فاعتبر قوم في ذلك الخارج وحده من أى موضع خرج وعلى أى جهة خرج وهو أبو حنيفة وأصحابه والثوري وأحمد وجماعة ولهم من الصحابة سلف فقالوا كل نجاسة تسيل من الجسد وتخرج منه يجب منها الوضوء كالدم والرعاف الكثير والقصد والحجامة والقيء إلا البلغم عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة أنه إذا ملأ الفم فففيه الوضوء ولم يعتبر أحد من هؤلاء اليسير من الدم إلا مجاهد واعتبر قوم آخر ون يخرج من الذكر والدير فقالوا كل ما خرج من هذين السيلين فهو ناقض للوضوء من أى شئ خرج من دم أو حصاً أو بلغم وعلى أى وجه خرج كان خروجه على سبيل الصحة أو على سبيل المرض ومن قال بهذا القول الشافعي وأصحابه ومحمد بن عبد الحكم من أصحاب مالك واعتبر قوم آخرون الخارج والخروج وصفة الخروج فقالوا كل ما خرج من السيلين مما هو معتاد خروجه وهو البول والغائط والمذي والودي والريح إذا كان خروجه على وجه الصحة فهو ينتقض الوضوء فلم يروا في الدم والحصاة والدود وضوء أولاد في السلس ومن قال بهذا القول مالك وجعل أصحابه . والسبب في اختلافهم أنه لما أجمع المسلمون على انتقاض الوضوء مما يخرج من السيلين من غائط وبول وريح ومذي لظاهر الكتاب ولتظاهر الآثار بذلك تطرق إلى ذلك ثلاث احتمالات، أحدها أن يكون الحكم انما علق بأعيان هذه الأشياء فقط المتفق عليها على ما رآه مالك رحمه الله، الاحتمال الثاني أن يكون الحكم انما علق بهذه من جهة أنها أنجاس خارجة من البدن لكون الوضوء طهارة والطهارة انما يؤثر فيها النجس، والاحتمال الثالث أن

يكون الحكم أيضاً انما علق بها من جهة انها خارجة من هذين السبيلين فيكون على هذين القوانين الأخيرين ورود الامر بالوضوء من تلك الاحداث المجمع عليها انما هو من باب الخاص أر يده العام ويكون عندما لك وأحبابه انما هو من باب الخاص المحمول على خصوصه فالشافعي وأبو حنيفة اتفقا على أن الامر بها هو من باب الخاص أر يده العام واختلفا أى عام هو الذى سمى به فالك يرجح مذهبه بأن الاصل هو ان يحمل الخاص على خصوصه حتى يدل الدليل على غير ذلك والشافعي محتج بأن المراد به المخرج لا الخارج باتفاقهم على ايجاب الوضوء من الرخ الذى يخرج من أسفل وعدم ايجاب الوضوء منه اذا خرج من فوق وكلاهما ذات واحدة والفرق بينهما ما اختلاف المخرجين فكان هذا تنبيها على ان الحكم للمخرج وهو ضعيف لان الرخين متلزمان فى الصفة والرائحة وأبو حنيفة يحتج لان المقصود بذلك هو الخارج النجس لكون النجاسة مؤثرة فى الطهارة وهذه الطهارة وان كانت طهارة حكومية فان فيها شبهة من الطهارة المعنوية أعنى طهارة النجس وبحديث ثوبان ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: فتوضأ وعماروى عن عمر وابن عمر رضى الله عنهما من ايجابهما الوضوء من الرعاف وعماروى من أمره صلى الله عليه وسلم المستحاضة بالوضوء لكل صلاة فكان المقهور من هذا كله عند أبى حنيفة الخارج النجس واما اتفق الشافعي وأبو حنيفة على ايجاب الوضوء من الاحداث المتفق عليها وان خرجت على جهة المرض لأمره صلى الله عليه وسلم بالوضوء عند كل صلاة المستحاضة والاستحاضة مرض وأما مالك ورأى أن المرض له هاهنا تأثير فى الرخصة قياسا أيضاً على ما روى أيضاً من أن المستحاضة لم تؤمر الا بالغسل فقط وذلك أن حديث فاطمة بنت أبي حبيش هذا هو متفق على صحته ويختلف فى هذه الزيادة فيه أعنى الامر بالوضوء لكل صلاة ولكن صححها أبو عمر بن عبد البر وقياساً على من يغلبه الدم من جرح ولا ينقطع مثل ما روى أن عمر رضى الله عنه صلى وجرحه يشق بما .

المسألة الثانية **في** اختلاف العلماء فى النوم على ثلاثة مذاهب فقوم رأوا انه حدث فأوجبوا من قليله وكثيره الوضوء وقوم رأوا انه ليس بحدث فلم يوجبوا منه الوضوء الا اذا تبين بالحدث على مذهب من لا يعتبر الشك واذا شك على مذهب من يعتبر الشك حتى أن بعض السلف كان يوكل بنفسه اذا نام من يتفقد حاله أعنى هل يكون منه حدث أم لا وقوم فرقوا بين النوم القليل الخفيف والكثير المستثقل فأوجبوا فى الكثير المستثقل الوضوء دون القليل وعلى هذا فتقاء الامصار والجمهور ولما كانت بعض الهيئات يعرض فيها الاستثقال

من النوم أكثر من بعض وكذلك خروج الحدث اختلاف التقاء في ذلك فقال مالك من نام مضطجعا أو ساجدا فعليه الوضوء طويلا كان النوم أو قصيرا ومن نام جالسا فلا وضوء عليه إلا أن يطول ذلك به . واختلف القول في مذهبه في الرايح فرة قال حكمه حكم القائم ومرة قال حكمه حكم الساجد . وأما الشافعي فقال على كل نائم كيف مانام الوضوء الا من نام جالسا . وقال أبو حنيفة وأصحابه لا وضوء الا على من نام مضطجعا . وأصل اختلافهم في هذه المسئلة اختلاف الآثار الواردة في ذلك وذلك أن هاهنا أحاديث يوجب ظاهرها أنه ليس في النوم وضوء أصلا كحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل الى مبيوة فنام عندها حتى سمعنا غطيطة ثم صلى ولم يتوضأ وقوله عليه الصلاة والسلام : اذا نعس أحدكم في الصلاة فليرقد حتى يذهب عنه النوم فإنه لعلة يذهب ان يستغفر ربه فيسب نفسه وما روى أيضا أن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا ينامون في المسجد حتى تحفر رؤوسهم ثم يصلون ولا يتوضئون وكلها آثار ناجسة . وهاهنا أيضا أحاديث يوجب ظاهرها أن النوم حدث وأبينه في ذلك حديث صفوان بن عسال وذلك أنه قال كنا في سفر مع النبي صلى الله عليه وسلم فأمرنا ألا نزع خفافنا من غائط و بول ونوم ولا نزعها الا من جنبته فسوى بين البول والغائط والنوم صححه الترمذي ، ومنها حديث أبي هريرة المتقدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام : اذا استيقظ أحدكم من النوم فليغسل يده قبل ان يدخلها في وضوءه فان ظاهره أن النوم يوجب الوضوء قليلا وكثيره وكذلك يدل ظاهر آية الوضوء عندهم كان عنده المعنى في قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم الى الصلاة) أي اذا قمتم من النوم على ما روى عن زيد بن أسلم وغيره من السلف فلما تعارضت ظواهر هذه الآثار ذهب العلماء فيهم امذهيين مذهب الترجيح ومذهب الجمع فمن ذهب مذهب الترجيح إما أستقط وجوب الوضوء من النوم أصلا على ظاهر الاحاديث التي تستقطه وإما أوجبته من قليله وكثيره على ظاهر الاحاديث التي توجبها أيضا أعني على حسب ما ترجح عندهم من الاحاديث الموجبة أو من الاخلاص المستطاة ومن ذهب مذهب الجمع حمل الاحاديث الموجبة للوضوء منه على الكثير والمستطاة للوضوء على القليل وهو كما قلنا مذهب الجمهور والجمع أولى من الترجيح بما أمكن الجمع عند أكثر الاصوليين . وأما الشافعي فأنما حملها على ان استثنى من هيئات النائم الجلوس فقط لانه قد صح ذلك عن الصحابة أعني انه كانوا ينامون جلوسا ولا يتوضئون ويصلون وإما أوجبته أبو حنيفة في النوم في الاضطجاع فقط لان ذلك ورد في حديث مرفوع وهو انه عليه الصلاة والسلام قال : انما الوضوء على من نام مضطجعا والرواية بذلك ثابتة عن عمر .

وأما مالك فلما كان النوم عنده انما ينتقض الوضوء من حيث كان غالباً سبباً للحدث راعى فيه ثلاثه أشياء الاستئصال أو الطول أو الهيئته فلم يشترط فى الهيئته التى يكون منها خروج الحدث غالباً الطول ولا الاستئصال واشترط ذلك فى الهيئات التى لا يكون خروج الحدث منها غالباً .

المسئلة الثالثة (١٠) اختلف العلماء فى ايجاب الوضوء من لمس النساء باليد أو بغير ذلك من الاعضاء الحساسة فذهب قوم الى أن من لمس امرأة بيده مفضياً اليها ليس بينها وبينه حجاب ولا ستر فعليه الوضوء وكذلك من قبلها لان القبلة عندهم لمس ما وسواء التذام لم يلتذ وبهذا القول قال الشافعى وأصحابه الا انه مرة فرق بين اللامس والملموس فأوجب الوضوء على اللامس دون الملموس ومرة سوى بينهما مرة أيضاً فرق بين ذوات المحارم وازوجة فأوجب الوضوء من لمس الزوجة دون ذوات المحارم ومرة سوى بينهما . وذهب آخرون الى ايجاب الوضوء من اللمس اذا قارنته اللذة أو قصد اللذة فى تفصيل لهم فى ذلك وقع محائل أو بغير محائل . أى عضو اتفق ما عدى القبلة فاهم لم يشترط اللذة فى ذلك وهو مذهب مالك وجمهور أصحابه . وفى قوم ايجاب الوضوء من لمس النساء وهو مذهب أبى حنيفة ولكل سلف من الصحابة الا اشتراط اللذة فأنى لا اذكر أحد من الصحابة اشتراطها . وسبب اختلافهم فى هذه المسئلة اشتراك اسم اللمس فى كلام العرب فان العرب تطلقه مرة على اللمس الذى هو باليد ومرة تسكنى به عن الجماع فذهب قوم الى أن اللمس الموجب للطهارة فى آية الوضوء هو الجماع فى قوله تعالى (أولاً مستم النساء) وذهب آخرون الى أنه اللمس باليد ومن هؤلاء من رآه من باب العام أى يده الخاص فاشترط فيه اللذة ومنهم من رآه من باب العام أى يده العام فلم يشترط اللذة فيه . ومن اشترط اللذة فأعادها الى ذلك ما عارض غموم الآية من أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يلمس عائشة عند سجوده بيده ورأى المسته وخرج أهل الحديث حديث حبيب بن أبى ثابت عن عروة عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم : أنه قبل بعض نسائه ثم خرج الى الصلاة ولم يتوضأ فقلت من هى الا أنت فضحكت قال أبو عمر هذا الحديث وهنه الحجازيون وصححه الكوفيون والى تصحيحه ما ن أبو عمر بن عبد البر قال وروى هذا الحديث أيضاً من طريق معبد بن نبانة وقال الشافعى ان ثبت حديث معبد ابن نبانة فى القبلة لم أر فيها ولا فى اللمس وضوءاً . وقد احتج من أوجب الوضوء من اللمس باليد بأن اللمس ينطلق حقيقة على اللمس باليد وينطلق مجازاً على الجماع وانه اذا تردد اللفظ بين الحقيقة والمجاز فالأولى ان يحمل على الحقيقة حتى يدل الدليل على المجاز ولائلك أن يقولوا

ان المجاز اذا كثر استعماله كان أدل على مجاز منه على الحقيقة كالحال في اسم الغائط الذي هو أدل على الحدث الذي هو فيه مجاز منه على المطلق من الارض الذي هو فيه حقيقة والذي اعتقده أن اللبس وان كانت دلالة على المعنيين بالسواء أو قريبا من السواء انه أظهر عندى في الجماع وان كان مجازا لأن الله تبارك وتعالى قد كنى بالمباشرة واللبس عن الجماع وهما في معنى اللبس وعلى هذا التأويل في الآية يمتنع بها في اجازة التيميم للجنب دون تقدير تقديم فيها ولا تأخير على ماسيأى بعد وترتفع المعارضة التي بين الاثار والآية على التأويل الآخر وأما من فهم من الآية اللبس معا فضعيف فان العرب اذا خاطبت بالاسم المشترك انما تقصده معنى واحدا من المعاني التي يدل عليها الاسم لا جميع المعاني التي يدل عليها وهذا بين بنفسه في كلامهم .

المسئلة الرابعة ﴿ مس الذ ﴾ كراختلف العلماء فيه على ثلاثة مذاهب فهم من رأى الوضوء فيه كيف مامسه وهو مذهب الشافعى وأصحابه وأحمد وداود ومنهم من لم يرفيه وضوء أصلا وهو أبو حنيفة وأصحابه ولكلا الفريقين سلف من الصحابة والتابعين . وقوم فرقوا بين ان يمسه بحال أو لا يمسه بتلك الحال وهؤلاء افرقوا فيه فرأى منهم من فرق فيه بين ان يلمس أو لا يلمس ومنهم من فرق بين ان يمسه بباطن الكف أو لا يمسه فأوجبوا الوضوء مع اللمس ولم يوجبوه مع عدمها وكذلك أوجبوه قوم مع المس بباطن الكف ولم يوجبوه مع المس بظاها . وهذا الاعتباران مرويان عن أصحاب مالك وكان اعتبار بباطن الكف راجع الى اعتبار سبب اللمس وفرق قوم في ذلك بين العمد والسيان فأوجبوا الوضوء منه مع العمد ولم يوجبوه مع السيان وهو مروى عن مالك وهو قول داود وأصحابه ورأى قوم أن الوضوء من مسه سنة لا واجب . قال أبو عمر وهذا الذى استمر من مذهب مالك عند أهل المغرب من أصحابه والرواية عنه فيه مضطربة . وسبب اختلافهم في ذلك أن فيه حديثين متعارضين أحدهما الحديث الوارد من طريق يسرة أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: اذا مس أحدكم ذكره فليتوضأ وهو أشهر الاحاديث الواردة في ايجاب الوضوء من مس الذكر خرجه مالك في الموطأ وصححه يحيى بن معين واحمد بن حنبل وضعفه أهل الكوفة وقدرى ايضا معناه من طريق أم حبيبة وكان احمد بن حنبل يصححه وقدرى ايضا معناه من طريق ابى هريرة وكان ابن السكيت ايضا يصححه ولم يخرج به البخارى ولا مسلم والحديث الثانى المعارض له حديث طلق بن على قال قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده رجل كأنه بدوى فقال يا رسول الله ما ترى في مس الرجل ذكره بعد ان يتوضأ فقال:

وهل هو الا بضعة منك خرجه أيضاً أبو داود والترمذي وصححه كثير من أهل العلم الكوفيون وغيرهم فذهب العلماء في تأويل هذه الأحاديث أحد مذهبين إمام ذهب الترجيح أو النسخ وإمام ذهب الجمع فمن رجح حديث بسرة أو رأه ناسخاً لحديث طلق بن علي قال بإيجاب الوضوء من مس الذكرو من رجح حديث طلق بن علي أسقط وجوب الوضوء من مسه ومن رام أن يجمع بين الحديثين أوجب الوضوء منه في حال ولم يوجب في حال أو حمل حديث بسرة على الندب وحديث طلق بن علي على نفي الوجوب والاحتجاجات التي يحتاج بها كل واحد من الفريقين في ترجيح الحديث الذي رجحه كثيرة يطول ذكرها وهي موجودة في كتبهم ولكن سكتة اختلافهم هو ما أشرنا إليه .

المسئلة الخامسة ﴿﴾ اختلف الصدر الاول في إيجاب الوضوء من أكل مامسته النار لا اختلاف الآثار الواردة في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واتفق جمهور فقهاء الأمصار بعد الصدر الاول على سقوطه اذ صح عندهم أنه عمل الخلفاء الاربعة ولما ورد من حديث جابر أنه قال كان آخر الامر من رسول الله صلى الله عليه وسلم ترك الوضوء مما مست النار خرجه أبو داود ولكن ذهب قوم من أهل الحديث أحمد واسحاق وطائفة غيرهم أن الوضوء يجب فقط من أكل لحم الجزر ولثبت الحديث الوارد بذلك عنه عليه الصلاة والسلام .

المسئلة السادسة ﴿﴾ شذ أبو حنيفة فأوجب الوضوء من الضحك في الصلاة لم يرسل أبي العالية وهو أن قوماً فحكوا في الصلاة فأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم بإعادة الوضوء والصلاة ورد الجمهور هذا الحديث لكونه مرسلًا ونخالفته للأصول وهو أن يكون شيء ما ينقض الطهارة في الصلاة ولا ينقضها في غير الصلاة وهو مرسل صحيح .

المسئلة السابعة ﴿﴾ وقد شذ قوم فأوجبوا الوضوء من حمل الميت وفيه أثر ضعيف من غسل ميتاً فليغتسل ومن حملة فليتوضأ . وينبغي أن تعلم أن جمهور العلماء أوجبوا الوضوء من زوال العقل بأي نوع كان من قبل إغماء أو جنون أو سكر وهؤلاء كلهم قاسوه على النوم أعني أنهم رأوا أنه إذا كان النوم يوجب الوضوء في الحالة التي هي سبب للحدث غالباً وهو الاستئمال فأحرى أن يكون ذهاب العقل سبباً لذلك فهذه هي مسائل هذا الباب المجمع عليها والمشهورات من المختلف فيها وينبغي أن نصير إلى الباب الخامس .

﴿الباب الخامس﴾

وهو مقرر ولا يقال التي تشترط هذه الطهارة في فعلها والاصل في هذا الباب قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ) الآية وقوله عليه الصلاة والسلام: لا يقبل الله صلاة بغير طهور ولا صدقة من غلول فاتق المسلمون على أن الطهارة شرط من شروط الصلاة لمكان هذا وإن كانوا اختلفوا هل هي شرط من شروط الصحة أو من شروط الوجوب ولم يختلفوا إن ذلك شرط في جميع الصلوات إلا في صلاة الجنائز وفي السجود أعني سجود التسلاوة فإن فيه خلافاً شاذاً . والسبب في ذلك الاحتمال العارض في انطلاق اسم الصلاة على الصلاة على الجنائز وعلى السجود فمن ذهب إلى أن اسم الصلاة ينطلق على صلاة الجنائز وعلى السجود نفسه وهم الجمهور واشترط هذه الطهارة فيهما ومن ذهب إلى أنه لا ينطلق عليهما إذ كانت صلاة الجنائز ليس فيها ركوع ولا سجود وكان السجود أيضاً ليس فيه قيام ولا ركوع لم يشترطوا هذه الطهارة فيهما ويتعلق بهذا الباب مع هذه المسئلة أربع مسائل .

﴿المسئلة الأولى﴾ هل هذه الطهارة شرط في مس المصحف أم لا فذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي إلى أنها شرط في مس المصحف وذهب أهل الظاهر إلى أنها ليست بشرط في ذلك . والسبب في اختلافهم تردد مفهوم قوله تعالى (لا يمسها إلا المطهرون) بين أن يكون المطهر ونه من آدم وبين أن يكونوا هم الملائكة وبين أن يكون هذا الخبر مفهوماً للنهي وبين أن يكون خبراً لأنهم يافن فهم من المطهرين بنى آدم وفهم من الخبر النهي قال لا يجوز أن يمس المصحف إلا طاهر ومن فهم منه الخبر فقط وفهم من لفظ المطهرين الملائكة قال إنه ليس في الآية دليل على اشتراط هذه الطهارة في مس المصحف وإذا لم يكن هنالك دليل لا من كتاب ولا من سنة ثابتة بقي الأمر على البراءة الأصلية وهي الإباحة . وقد احتج الجمهور لمذهبهم بحديث عمرو بن حزم أن النبي عليه الصلاة والسلام كتب: لا يمس القرآن إلا طاهر وأحاديث عمرو بن حزم اختلف الناس في وجوب العمل بها لأنهم مصحفة ورأيت ابن المنور يصححها إذا روتها الثقات لأنها كتاب النبي عليه الصلاة والسلام وكذلك أحاديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وأهل الظاهر يردونها ورخص مالك للصبيان في مس المصحف على غير طهر لأنهم غير مكلفين .

﴿المسئلة الثانية﴾ اختلف الناس في إيجاب الوضوء على الجنب في أحوال ، أحدها إذا أراد أن ينام وهو جنب فذهب الجمهور إلى استحبابه دون وجوبه وذهب أهل الظاهر إلى

وجوبه لثبوت ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث عمر أنه ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه تصببه جنابة من الليل فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: توضأ واغسل ذكرك ثم نم وهو أيضاً مروي عنه من طريق عائشة . وذهب الجمهور إلى حمل الأمر بذلك على الندب والعدول به عن ظاهره لما كان عدم مناسبتها وجوب الطهارة لإرادة النوم أعنى المناسبة الشرعية . وقد احتجوا أيضاً لذلك بأحاديث أثبتتها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من الخلاء فأتى بطعام فقالوا ألا تأتيك بطهر فقال : أأصلي فأتوضأ وفي بعض رواياته فتيل له ألا تتوضأ فقال : ما أردت الصلاة فأتوضأ والاستدلال به ضعيف فإنه من باب مفهوم الخطاب من أضعف أنواعه وقد احتجوا بحديث عائشة أنه عليه الصلاة والسلام كان ينام وهو جنب لا يمس الماء إلا أنه حديث ضعيف وكذلك اختلفوا في وجوب الوضوء على الجنب الذي يريد أن يأكل أو يشرب وعلى الذي يريد أن يعاود أهله فقال الجمهور في هذا كله باسقاط الوجوب لعدم مناسبة الطهارة لهذه الأشياء وذلك أن الطهارة إنما فرضت في الشرع لآحوال التعظيم كالصلاة وأيضاً فلمكان تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه روى عنه عليه الصلاة والسلام : أنه أمر الجنب إذا أراد أن يعاود أهله أن يتوضأ وروى عنه أنه كان يجامع ثم يعاود ولا يتوضأ وكذلك روى عنه منع الاكل والشرب للجنب حتى يتوضأ وروى عنه إباحة ذلك .

المسئلة الثالثة ﴿ ذهب مالك والشافعي إلى اشتراط الوضوء في الطواف وذهب أبو حنيفة إلى إسقاطه . وسبب اختلافهم تردد الطواف بين أن يلحق حكمه بحكم الصلاة أولاً يلحق وذلك أنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع الحائض الطواف كيمنعها الصلاة فأشبه الصلاة من هذه الجهة وقد جاء في بعض الآثار تسمية الطواف صلاة . وحجة أبي حنيفة أنه ليس كل شيء منعه الحيض في الطهارة شرط في فعله إذا ارتفع الحيض كالصوم عند الجمهور .

المسئلة الرابعة ﴿ ذهب الجمهور إلى أنه يجوز لغير متوضئ أن يقرأ القرآن ويذكر الله وقال قوم لا يجوز ذلك له إلا أن يتوضأ . وسبب الخلاف حديثان متعارضان ثابتان . أحدهما حديث أبي جهم قال أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم من محرابه فلقاه رجل فسلم عليه فلم يرد عليه حتى أقبل على الجدار فمسح بوجهه ويديه ثم انه رد عليه الصلاة والسلام . والحديث الثاني حديث علي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : كان لا يحجبه عن قراءة القرآن شيء إلا الجنابة فصار الجمهور إلى أن الحديث الثاني ناسخ الأول وصار من أوجب الوضوء لذكر الله إلى ترجيح الحديث الأول .

﴿ كتاب الغسل ﴾

والاصل في هذه الطهارة قوله تعالى (وان كنتم جنبا فاطهروا) والسكلام المحيط بقواعدها ينحصر بعد المعرفة بوجوبها وعلى من تجب ومعرفة ما به تفعل وهو الماء المطلق في ثلاثة أبواب ، الباب الاول في معرفة العمل في هذه الطهارة ، والثاني في معرفة نواقض هذه الطهارة ، والباب الثالث في معرفة أحكام نواقض هذه الطهارة . فاما على من تجب فعلى كل من لزمته الصلاة ولا خلاف في ذلك وكذلك لا خلاف في وجوبها ودلائل ذلك هي دلائل الوضوء بعينها وقد ذكرناها وكذلك أحكام المياه قد تقدم القول فيها .

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب يتعلق به اربع مسائل ، المسئلة الاولى اختلف العلماء هل من شرط هذه الطهارة امرار اليد على جميع الجسد كالحال في طهارة أعضاء الوضوء أم يكفي فيها إفاضة الماء على جميع الجسد وان لم يمر يديه على بدنه فأكثر العلماء على أن إفاضة الماء كافية في ذلك وذهب مالك وجل أصحابه والمزني من أصحاب الشافعي الى انه ان فات المتطهر موضع واحد من جسده لم يمر يده عليه ان طهره لم يكمل بعد . والسبب في اختلافهم اشتراك اسم الغسل ومعارضة ظاهر الاحاديث الواردة في صفة الغسل لقياس الغسل في ذلك على الوضوء وذلك أن الاحاديث الثابتة التي وردت في صفة غسله عليه الصلاة السلام من حديث عائشة وميمونة ليس فيها ذكر التدلك وانما فيها إفاضة الماء فقط ففي حديث عائشة قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اغتسل من الجنابة يبدأ فيغسل يديه ثم يفرغ بميمونة على شأله فيغسل فرجه ثم يتوضأ وضوءه للصلاة ثم يأخذ الماء فيدخل أصابعه في أصول الشعر ثم يصب على رأسه ثلاث غرفات ثم فيفيض الماء على جلده كله والصفة الواردة في حديث ميمونة قريبة من هذه الا انه أخر غسل رجله من أعضاء الوضوء الى آخر الطهر وفي حديث أم سلمة أيضا وقد سألته عليه الصلاة السلام هل تنقص ضرر رأسها الغسل الجنابة فقال عليه الصلاة السلام : انما يكفيك ان تحي على رأسك الماء ثلاث حثيات ثم تفيض عليك الماء فاذا انت قد طهرت وهو أقوى في إسقاط التدلك من تلك الأحاديث الأخر لا نه يمكن هنالك ان يكون الواصف لطره قد ترك التدلك وأما هاتان فاما حصرها شروط الطهارة ولذلك أجمع العلماء على ان صفة الطهارة الواردة من حديث ميمونة وعائشة هي أكمل صفاتها وأن ما ورد

في حديث أم سلمة من ذلك فهو من أركانها الواجبة وإن الوضوء في أول الطهر ليس من شرط الشهرة الاختلاف فأشاداروى عن الشافعي وفيه قوة من جهة ظواهر الأحاديث وفي قول الجمهور قرينة من جهة النظر لأن الطهارة ظاهر من أمرها أنها شرط في صحة الوضوء لا الوضوء شرط في صحتها فهو من باب معارضة القياس لظاهر الحديث و طريقة الشافعي تغليب ظاهر الأحاديث على القياس فذهب قوم كإقنا إلى ظاهر الأحاديث وغابوا ذلك على قياسها على الوضوء فلم يوجبوا التدلك وغلب آخرون قياس هذه الطهارة على الوضوء على ظاهر هذه الأحاديث فأوجبوا التدلك كالحال في الوضوء فنرجح القياس صار إلى إيجاب التدلك ومن رجح ظاهر الأحاديث على القياس صار إلى إسقاط التدلك وأعني بالقياس قياس الطهر على الوضوء وأما الاحتجاج من طريق الاسم ففيه ضعف إذ كان اسم الطهر والغسل ينطاق في كلام العرب على المعنيين جميعا على حد سواء .

المسئلة الثانية (١) اختلفوا هل من شروط هذه الطهارة النية أم لا كاختلافهم في الوضوء فذهب مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وأصحابه إلى أن النية من شروطها وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري إلى أنها تحزى بغير نية كالحال في الوضوء عندهم . وسبب اختلافهم في الطهر هو بعينه سبب اختلافهم في الوضوء وقد تقدم ذلك .

المسئلة الثالثة (٢) اختلفوا في المضمضة والاستنشاق في هذه الطهارة أيضا كاختلافهم فيهما في الوضوء أعني هل هما واجبان فيها أم لا فذهب قوم إلى أنهما غير واجبين فيها وذهب قوم إلى وجوبهما ومن ذهب إلى عدم وجوبهما مالك والشافعي ومن ذهب إلى وجوبهما أبو حنيفة وأصحابه . وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث أم سلمة للأحاديث التي نقلت من أن صفة وضوءه عليه الصلاة والسلام في طهره وذلك أن الأحاديث التي نقلت من صفة وضوءه في الطهر فيها المضمضة والاستنشاق وحديث أم سلمة ليس فيه أمر لا بمضمضة ولا بالاستنشاق فمن جعل حديث عائشة وميمونة مفسرا لأجل حديث أم سلمة ولقوله تعالى (وان بها كنتم جنبا فاطهروا) أوجب المضمضة والاستنشاق ومن جعله معارضا جمع بينهما بأن حمل الحديث على عائشة وميمونة على التدب وحديث أم سلمة على الوجوب ولهذا السبب بعينه اختلفوا في تحليل الرأس هل هو واجب في هذه الطهارة أم لا ومذهب مالك أنه مستحب ليس بمذهب غيره أنه واجب وقد عارضه مذهب من أوجب التحليل بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: تحت كل شعرة جنابة فاقوا البشروا لبوا الشعر .

المسئلة الرابعة (٣) اختلفوا هل من شرط هذه الطهارة القور والترتيب أم ليسا من شرطها

كاختلافهم من ذلك في الوضوء . وسبب اختلافهم في ذلك هل فعله عليه الصلاة والسلام
 محمول على الوجوب أو على الندب فإنه لم ينقل عنه عليه الصلاة والسلام أنه توضأ قط إلا مرتين
 متواليتين وقد ذهب قوم إلى أن الترتيب في هذه الطهارة أبين منها في الوضوء وذلك بين الرأس
 وسائر الجسد لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أم سلمة: إنما يكفيك أن تحثي على رأسك
 ثلاث حثيات ثم يفيض الماء على جسدك وحرف ثم يقتضى الترتيب بلا خلاف بين
 أهل اللغة .

الباب الثاني في معرفة النواقض لهذه الطهارة

والاصل في هذا الباب قوله تعالى (وإن كنتم جنباً فاطهروا) . وقوله (ويستلونك عن الحيض
 قل هو أذى) الآية واتفق العلماء على وجوب هذه الطهارة من حدثين أحدهما خروج المني
 على وجه الصحة في النوم أو في اليقظة من ذكر كان أو أنثى إلا ما روى عن النخعي من أنه كان
 لا يرى على المرأة غسلًا من الاحتلام وإنما اتفق الجمهور على مساواة المرأة في الاحتلام للرجل
 لحديث أم سلمة الثابت أنها قالت يا رسول الله المرأة ترى في المنام مثل ما يرى الرجل هل عليها
 غسل قال: نعم إذا رأت الماء وأما الحديث الثاني الذي اتفقوا أيضاً عليه فهو دم الحيض أعني إذا
 انتقطع وذلك أيضاً لقوله تعالى (ويستلونك عن الحيض) الآية ولتعليمه الغسل من الحيض
 إباحة وشئ غيرها من النساء واختلفوا في هذا الباب مما يجرى مجرى الاصول في مسئين
 مشهورتين .

المسئلة الاولى : اختلف الصحابة رضي الله عنهم في سبب إيجاب الطهور من الوطء
 فمنهم من رأى الطهر واجباً في التقاء الختانين أنزل أو لم ينزل وعليه أكثر فقهاء الامصار والله
 وأصحابه والشافعي وأصحابه وجماعة من أهل الظاهر . وذهب قوم من أهل الظاهر إلى إيجاب
 الطهر مع الانزال فقط . والسبب في اختلافهم في ذلك تعارض الاحاديث في ذلك لأنهم
 في ذلك حديثان ثابتان اتفق أهل الصحيح على تخرجهما (قال) التاضي رضي الله عنه ومثله
 قلت ثامت قائماً أعني به ما أخرجه البخاري أو مسلم أو ما اجتمعوا عليه . أحدهما حديث أبي
 هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: إذا قعد بين شعبه إلا ربع وألزق الختان بالجناء
 فقد وجب الغسل والحديث الثاني حديث عثمان أنه سئل فقيل له أ رأيت الرجل إذا
 أهله ولم يكن قال عثمان يتوضأ كما يتوضأ للصلاة سمعته من رسول الله صلى الله عليه و
 فذهب العلماء في هذين الحديثين مذهبين، أحدهما مذهب النسخ، والثاني مذهب الرجوع

الى ما عليه الاتفاق عند التعارض الذى لا يمكن الجمع فيه ولا الترجيح فالجمهور رأوا أن حديث أبى هريرة ناسخ لحديث عثمان ومن الحجة لهم على ذلك ما روى عن أبى بن كعب أنه قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم إنما جعل ذلك رخصة في أول الاسلام ثم أمر بالغسل خروجه أبوداود وأما من رأى ان التعارض بين هذين الحديثين هو مما لا يمكن الجمع فيه بينهما ولا الترجيح فوجب الرجوع عنده الى ما عليه الاتفاق وهو وجوب الماء من الماء وقد رجح الجمهور حديث أبى هريرة من جهة القياس قالوا وذلك انه لما وقع الاجماع على ان مجاوزة الختانين توجب الحد وجب ان يكون هو الموجب للغسل وحكوا ان هذا القياس مأخوذ عن الخلفاء الاربعه ورجح الجمهور ذلك أيضاً من حديث عائشة لاخبارها ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم خروجه مسلم .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء في الصفة المعبرة في كون خروج المني موجبا للطهر فذهب مالك الى اعتبار اللذة في ذلك وذهب الشافعى الى ان نفس خروجه هو الموجب للطهر سواء خرج بلذة أو بغير لذة * وسبب اختلافهم في ذلك هو شيان ، أحدهما هل اسم الجنب ينطلق على الذى أجنب على الجهة الغير المعتادة أم ليس ينطلق عليه فمن رأى أنه إنما ينطلق على الذى أجنب على طريق العادة لم يوجب الطهر في خروجه من غير لذة ومن رأى أنه ينطلق على خروج المني كيفما خرج أوجب منه الطهر وان لم يخرج مع لذة ، والسبب الثانى تشبيه خروجه بغير لذة بدم الاستحاضة واختلافهم في خروج الدم على جهة الاستحاضة هل يوجب طهر أم ليس يوجبه فسنذكره في باب الحيض وان كان من هذا الباب وفي المذهب في هذا الباب فرع وهو اذا انتقل من أصل مجاريه بلذة ثم خرج في وقت آخر بغير لذة مثل ان يخرج من المجمع بعد ان يتطهر فليل يبعد الطهر وقيل لا يعيده وذلك ان هذا النوع من الخروج محبته اللذة في بعض نقلته ولم تصحبه في بعض فمن غلب حال اللذة قال يجب الطهر ومن غلب حال عدم اللذة قال لا يجب عليه طهر .

﴿ الباب الثالث في أحكام هذين الحديثين أعني الجنابة والحيض ﴾

أما أحكام الحدث الذى هو الجنابة ففيه ثلاثة مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلف العلماء في دخول المسجد للجنب على ثلاثة أقوال فقوم منعوا ذلك باطلاق وهو مذهب مالك وأصحابه وقوم منعوا ذلك الا لعاب فيه لا مقيم ومنهم الشافعى وقوم أباحوا ذلك للجميع ومنهم داود وأصحابه فيما أحسب . وسبب اختلاف الشافعى

واهل الظاهر هو تردد قوله تبارك وتعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى) الآية بين أن يكون في الآية مجاز حتى يكون هنالك محذوف مقدر وهو موضع الصلاة أي لا تقربوا موضع الصلاة ويكون عابر سبيل استثناء من النهي عن قرب موضع الصلاة وبين ألا يكون هنالك محذوف أصلاً وتكون الآية على حقيقتها ويكون عابر السبيل هو المسافر الذي عدم الماء وهو جنب فمن رأى أن في الآية محذوفاً أجاز المرور للجنب في المسجد ومن لم يرد ذلك لم يكن عنده في الآية دليل على منع الجنب الإقامة في المسجد وأما من منع العبور في المسجد فلا أعلم له دليلاً الا طاهر ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال: لا أحل المسجد لجنب ولا حائض وهو حديث غير ثابت عند أهل الحديث واختلافهم في الحائض في هذا المعنى هو اختلافهم في الجنب .

المسئلة الثانية ❦ من الجنب المصحف ذهب قوم الى اجازته وذهب الجمهور الى منعه وهم الذين منعوا أن يمسه غير متوضىء . وسبب اختلافهم هو سبب اختلافهم في منع غير المتوضىء أن يمسه أعنى قوله لا يمسه الا المطهرون وقد ذكرنا سبب الاختلاف في الآية فيما تقدم وهو بعينه سبب اختلافهم في منع الحائض ممسه .

المسئلة الثالثة ❦ قراءة القرآن للجنب اختلاف الناس في ذلك فذهب الجمهور الى منع ذلك وذهب قوم الى إباحته . والسبب في ذلك الاحتمال المتطرق الى حديث على انه قال: كان عليه الصلاة والسلام لا يمتنه من قراءة القرآن شيء الا الجنبابة وذلك ان قومًا قالوا ان هذا لا يوجب شيئاً لانه ظن من الراوى ومن أين يعلم أحد ان ترك القراءة كان لموضع الجنبابة الا لو أخبر بذلك الجمهور رأوا انه لم يكن على رضى الله عنه ليقول هذا عن توهم ولا ظن وانما قاله عن تحقق وقوم جعلوا الحائض في هذا الاختلاف بمنزلة الجنب وقوم فرقوا بينهما فاجازوا للحائض القراءة القليلة استحساناً لطول مقامها حائضاً وهو مذهب مالك فهذه هي أحكام الجنبابة . (وأما أحكام الدماء الخارجة من الرحم) فالكلام المحيط بأصولها ينحصر في ثلاثة أبواب ، الاول معرفة أنواع الدماء الخارجة من الرحم ، والثاني معرفة العلامات التي تدل على انتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر أو الاستحاضة والاستحاضة أيضاً الى الطهر والثالث معرفة أحكام الحيض والاستحاضة أعنى موانعها وموجباتها ونحن نذكر في كل باب من هذه الأبواب الثلاثة من المسائل ما يجرى مجرى القواعد والاصول لجميع ما في هذا الباب على ما قصدنا اليه مما اتفقوا عليه واختلفوا فيه .

﴿الباب الاول﴾

اتفق المسلمون على ان الدماء التي تخرج من الرحم ثلاثة ، دم حيض وهو الخارج على جهة الصحة . ودم استحاضة وهو الخارج على جهة المرض وانه غير دم الحيض لقوله عليه الصلاة والسلام . انما ذلك عرق وليس بالحيضة ودم نفاس وهو الخارج مع الولد .

﴿الباب الثاني﴾

أما معرفة علامات انتقال هذه الدماء بعضها الى بعض وانتقال الطهر الى الحيض والحيض الى الطهر فان معرفة ذلك في الاكثر تنبني على معرفة أيام الدماء المعتادة وأيام الاطهار ونحن نذكر منها ما يجري مجرى الاصول وهي سبع مسائل .

﴿المسئلة الاولى﴾ اختلف العلماء في أكثر أيام الحيض وأقلها وأقل أيام الطهر فروى عن مالك ان أكثر أيام الحيض خمسة عشر يوماً وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة أكثره عشرة أيام وأما أقل أيام الحيض فلا حد لها عند مالك بل قد تكون الدفعة الواحدة عنده حيضاً الا انه لا يعتد بها في الاقراء في الطلاق وقال الشافعي أقله يوم وليلة وقال أبو حنيفة أقله ثلاثة أيام وأما أقل الطهر فاضطررت فيه الروايات عن مالك فروى عنه عشرة أيام وروى عنه ثمانية أيام وروى خمسة عشر يوماً والى هذه الرواية مال البغداديون من أصحابه وبها قال الشافعي وأبو حنيفة وقيل سبعة عشر يوماً وهو أقصى ما نعتد عليه الا جماع فيما أحسب . وأما أكثر الطهر فليس له عندهم حد واذ كان هذا موضوعاً من أقاويلهم فمن كان لأقل الحيض عنده قدر معلوم وجب أن يكون ما كان أقل من ذلك القدر اذا ورد في سن الحيض عنده استحاضة ومن لم يكن لأقل الحيض عنده قدر محدود وجب ان تكون الدفعة عنده حيضاً ومن كان أيضاً عنده أكثره محدوداً وجب ان يكون ما زاد على ذلك القدر عنده استحاضة . ولكن متحصل مذهب مالك في ذلك ان النساء على ضربين مبتدأة ومعتادة فالمبتدأة تترك الصلاة برؤية أول دم تراه الى تمام خمسة عشر يوماً فان لم ينقطع صلت وكانت مستحاضة وبه قال الشافعي الا ان مالكا قال تصلي من حين تيقن الاستحاضة وعند الشافعي انها تعيد صلاة ما سلف لها من الايام الا أقل الحيض عنده وهو يوم وليلة وقيل عن مالك بل تعتد أيام لداتها ثم تستظهر بثلاثة أيام فان لم ينقطع الدم فهي مستحاضة وأما المعتادة ففيها روايتان عن مالك ، احدهما بناءً على عاداتها

وزيادة ثلاثة أيام مما يتجاوز أكثر مدة الحيض ، والثانية جلوسها الى انقضاء أكثر مدة
الحيض أو تعمل على التمييز إن كانت من أهل التمييز وقل اشافني تعمل على أيام عاداتها وهذه
الاقاويل كلها المختلف فيها عند انتهاء في أقل الحيض وأكثرواقل الطهر لا مستند لها الا
التجربة والعادة وكل انما قل من ذلك ما ظن ان التجربة أو قننته على ذلك ولا اختلاف ذلك
في النساء عسر ان يعرف بالتجربة بحدود هذه الاشياء في أكثر النساء ووقع في ذلك هذا
الاختلاف الذي ذكرنا وانما أجمعوا بالجملة على ان الدم اذا تمادى أكثر من مدة أكثر الحيض
انه استحاضة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الثابت لقاطعة بنت حبيش : فاذا قبلت
الحضمة فتركي الصلاة فاذا ذهبت قدرها فاعسلي عنك الدم وصللي والمتمجاوزة لأمد أكثر
أيام الحيض قد ذهب عنها قدرها ضرورة وانما صار الشافعي ومالك رحمهما الله في المعتادة في
احدى الروايتين عنه الى أنها تبني على عاداتها لحديث أم سلمة الذي رواه في الموطأ ان امرأة
كانت تهرق الدماء على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتت لها أم سلمة رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال : لتنظر الى عدد الليالي والايام التي كانت تحيضهن من الشهر قبل أن
يصيبها الذي أصابها فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر فاذا خلقت ذلك فلتغتسل ثم لتستر
بثوب ثم لتصلّي فألتوا حكم الحائض التي تشك في الاستحاضة بحكم المستحاضة التي تشك في
الحيض وانما رأى أيضا في المبتدأة ان يعتبر أيام لداتها لان أيام لداتها شبيهة بأيامها فجعل حكمها
واحدا . وأما الاستظهار الذي قال به مالك بثلاثة أيام فهو شيء اشرده مالك وأصحابه رحمهم
الله وخالفهم في ذلك جميع فقهاء الامصار ماعدى الازاعي اذ لم يكن لذلك ذكر في الاحاديث
الثابتة وقد روى في ذلك أثر ضعيف .

المسئلة الثانية : ذهب مالك وأصحابه في الحائض التي تنقطع حيضتها وذلك بان تحيض
يوما أو يومين وتطهر يوما أو يومين الى أنها تجمع أيام الدم بعضها الى بعض وتلغى أيام الطهر
وتغتسل في كل يوم ترى فيه الطهر أول ما تراد وتصلّي فانها لا تدرى لعسل ذلك طهر فاذا اجتمع
له من أيام الدم خمسة عشر يوما فهي مستحاضة وبهذا القول قال الشافعي وروى عن مالك
أيضا أنها تلتقى أيام الدم وتعتبر بذلك أيام عاداتها فان ساوتها استظهرت بثلاثة أيام فان انقطع
الدم والا فهي مستحاضة وجعل الايام التي لا ترى فيها الدم غير معتبرة في العدد لا معنى لدقائه
لا تخلو تلك الايام ان تكون أيام حيض أو أيام طهر فان كانت أيام حيض فيجب ان تلتقى الى
أيام الدم وان كانت أيام طهر فليس يجب ان تلتقى أيام الدم اذ كان قد تخللها طهر والذي يجب
على أصوله انها أيام حيض لا أيام طهر اذ أقل الطهر عنده محدود وهو أكثر من اليوم واليومين

فتدبر هذا فانه بين ان شاء الله تعالى والحق ان دم الحيض ودم النفاس يجري ثم ينقطع يوما أو يومين ثم يعود حتى تنقضى أيام الحيض أو أيام النفاس كما تجري ساعة أو ساعتين من النهار ثم ينقطع .

المسئلة الثالثة .
اختلفوا في أقل النفاس وأكثره فذهب مالك الى أنه لا حد لأقله وبه قال الشافعي وذهب أبو حنيفة وقوم الى أنه محدود فقال أبو حنيفة هو خمسة وعشرون يوما وقال أبو يوسف صاحبه أحد عشر يوما وقال الحسن البصري عشر ون يوما . وأما أكثره فقال مالك مرة هو ستون يوما ثم رجع عن ذلك فقال يسأل عن ذلك النساء وأصحابه نابتون على القول الاول وبه قال الشافعي وأكثر أهل العلم من الصحابة على ان أكثره أربعون يوما وبه قال أبو حنيفة وقد قيل تعتبر المرأة في ذلك أيام أسبائها من النساء فاذا جا وزها فهي مستحاضة و فرق قوم بين ولادة الذكرو ولادة الانثى فقالوا للذكرو ثلاثون يوما وللانثى أربعون يوما . وسبب الخلاف عسر الوقوف على ذلك بالتحديد لا اختلاف أحوال النساء في ذلك ولا به ليس هناك سنة يعمل عليها كالحال في اختلافهم في أيام الحيض والطمهر .

المسئلة الرابعة .
اختلف الفقهاء قديما وحديثا هل الدم الذي ترى الحامل هو حيض أم استحاضة فذهب مالك والشافعي في أصح قوليه وغيرهما الى ان الحامل تحيض وذهب أبو حنيفة وأحمد والثوري وغيرهم الى ان الحامل لا تحيض وان الدم الظاهر لها دم فساد و علة الا أن يصيبها الطلق فانهم أجمعوا على انه دم نفاس وان حكمه حكم الحيض في منعه الصلاة وغير ذلك من أحكامه ولما لك وأصحابه في معرفة انتقال الحائض الحامل اذا تداى بها الدم من حكم الحيض الى حكم الاستحاضة أقوال مضطربة ، أحدها ان حكمها حكم الحائض نفسها أعني إيمان تعدد أكثر أيام الحيض ثم هي مستحاضة وإمان تستظهر على أيامها المعتادة بثلاثة أيام ما لم يكن مجموع ذلك أكثر من خمسة عشر يوما وقيل انها تقع حائضا ضعفا أكثر أيام الحيض وقيل انها تضعف أكثر أيام الحيض بعدد الشهور التي مرت لها في الشهر الثاني من حملها تضعف أيام أكثر الحيض مرتين وفي الثالث ثلاث مرات وفي الرابع أربع وكذلك ما زادت الاشهر . وسبب اختلافهم في ذلك عسر الوقوف على ذلك بالتجربة واختلاط الامرين فانه مرة يكون الدم الذي تراه الحامل دم حيض وذلك اذا كانت قوة المرأة وافر والجنين صغيرا وبذلك أمكن أن يكون حمل على حمل على ما حكاه بقراط وجالينوس وسائر الاطباء ومرة يكون الدم الذي تراه الحامل لضعف الجنين ومرضه التابع لضعفها ومرضها في الاكثر فيكون دم علة ومرض وهو في الاكثر دم علة .

طهر أو لا في استحاضة أبداً . وقال أبو حنيفة بقعد أيام عادت ان كانت لهاءة وان كانت مبتدأة قعدت أكثر الحيض وذلك عنده عشرة أيام وقال الشافعي تعمل على التميزان كانت من أهل التميز وان كانت من أهل العادة عملت على العادة . وان كانت من أهل ما معافله في ذلك قولان ، أحدهما تعمل على التميز ، والثاني على العادة . والسبب في اختلافهم ان في ذلك حديثين مختلفين ، أحدهما حديث عائشة عن فاطمة بنت أبي حبيش أن النبي عليه الصلاة والسلام أمرها وكانت مستحاضة أن تدع الصلاة قدر أيامها التي كانت تحيض فيها قبل ان يصيبها الذي أصابها ثم تغتسل وتصلي وفي معناه أيضاً حديث أم سلمة المتقدم الذي خرج به مالك والحديث الثاني ما خرج به أبو داود من حديث فاطمة بنت أبي حبيش انها كانت استحاضت فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن دم الحيضة أسود يعرف فإذا كان ذلك فامكثي عن الصلاة وإذا كان الآخر فتوضئي وصلي فانما هو عرق وهذا الحديث صححه أبو محمد بن حزم فمن هؤلاء من ذهب مذهب الترجيح ومنهم من ذهب مذهب الجمع فمن ذهب مذهب ترجيح حديث أم سلمة وما ورد في معناه قال باعتبار الايام ومالك رضى الله عنه اعتبر عدد الايام فقط في الحائض التي تشك في الاستحاضة ولم يعتبرها في المستحاضة التي تشك في الحيض أعني لا عددها ولا موضعها من الشهر اذ كان عندها ذلك معلوما والنص انما جاء في المستحاضة التي تشك في الحيض فاعتبر الحكم في الفرع ولم يعتبره في الاصل وهذا غريب فتأمله ومن رجح حديث فاطمة بنت أبي حبيش قال باعتبار اللون ومن هؤلاء من راعى مع اعتبار لون الدم مضى ما يمكن أن يكون طهر أمن أيام الاستحاضة وهو قول مالك فيما حكاه عبد الوهاب ومنهم من لم يراع ذلك ومن جمع بين الحديثين قال الحديث الاول هو في التي تعرف عدداً أيامها من الشهر وموضعها والثاني في التي لا تعرف عددها ولا موضعها وتعرف لون الدم ومنهم من رأى انها ان لم تكن من أهل التميز ولا تعرف موضع أيامها من الشهر وتعرف عددها أولاً لا تعرف عددها انها تتحرى على حديث حمزة بنت جحش صححه الترمذي وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها : انما هي ركضة من الشيطان فتحيض ستة أيام أو سبعة أيام في علم الله ثم اغتسلي وسيأتى الحديث بكامله بعد عند حكم المستحاضة في الطهر فبهذه مشهورات المسائل التي في هذا الباب وهي بالجملة واقعة في أربعة مواضع ، أحدها معرفة انتقال الطهر الى الحيض ، والثاني معرفة انتقال الحيض الى الطهر ، والثالث معرفة انتقال الحيض الى الاستحاضة ، والرابع معرفة انتقال الاستحاضة الى الحيض وهو الذي وردت فيه الاحاديث وأما الثلاثة فسكوت عنها أعني عن تحديدها وكذلك الامر في انتقال النفاس الى

في باب ثلث . وهو معرفة أحكام الحيض والاستحاضة والأصل في هذا الباب قوله تعالى (ويسئلك عن الحيض) الآية والأحاديث الواردة في ذلك التي سند كرها واتفق المسلمون على أن الحيض يمنع أربعة أشياء : أحدها فعل الصلاة وجوبها أعني أنه ليس يجب على الحائض قضاؤها بخلاف الصوم ، والثاني أنه يمنع فعل الصوم لا قضاءه وذلك لحديث عائشة ثابت أنها قالت : كنا نؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة وإنما قال بوجوب انقضاء عليها طائفة من الخوارج ، والثالث فيما أحسب الطواف لحديث عائشة الثابت حين أمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تفعل كل ما يفعل الحاج غير الطواف بالبيت . والرابع الجماع في الفرج إن قوله تعالى (فاعزلوا النساء في الحيض) الآية . واختلفوا من أحكامها في مسائل نذكر منها مشهوراتها وهي خمس .

المسئلة الأولى . اختلف الفقهاء في مباشرة الحائض وما يستباح منها فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة أنه منها ما فوق الأزار فقط وقال سفيان الثوري وداود الظاهري أنه يجب عليه أن يحتنب مريض الدم فقط . وسبب اختلافهم ظواهر الأحاديث الواردة في ذلك والاحتمال الذي في مفهوم آية الحيض وذلك أنه ورد في الأحاديث الصحاح عن عائشة وميمونة وأم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام : كان يأمر إذا كانت أحدها من حائض أن تشد عليها أزارها ثم يباشرها . وورد أيضا من حديث ثابت بن قيس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اصنعوا كل شيء بالخائض إلا النكاح وذكر أبو داود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها وهي حائض : اكشفي عن فخذك قالت فكشفت فوضع خده وصدره على فخذي وحبنت عليه حتى دفى وكان قد أوجعه البرد وأما الاحتمال الذي في آية الحيض فهو تردد قوله تعالى (قل هو أذى فاعزلوا النساء في الحيض) بين أن يحمل على عمومها إلا ما خصصه الدليل أو أن يكون من باب العام أريد به الخاص بدليل قوله تعالى فيه (قل هو أذى) والأذى إنما يكون في موضع الدم فمن كان المفهوم منه عنده العموم أعني أنه إذا كان الواجب عنده أن يحمل هذا القول على عمومها حتى ينحصره الدليل استثنى من ذلك ما فوق الأزار بالسنة إذ المشهور جواز تخصيص الكتاب بالسنة عند الأصوليين ومن كان عنده من باب العام أريد به الخاص رجح هذه الآية على الآثار المانعة مما تحت الأزار وقوى ذلك عنده بالآثار المعارضة للآثار المانعة مما تحت الأزار ومن الناس من رام الجمع بين هذه الآثار وبين مفهوم الآية على هذا المعنى الذي نبه عليه الخطاب الوارد فيها وهو كونه أذى فحمل أحاديث المنع لما تحت الأزار

على الكراهية وأجاديث الاباحه ومفهوم الآية على الجواز ورجحوا تأويلهم هذا بأنه قد دلت السنة انه ليس من جسم الحائض شئ نجس الا موضع الدم وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل عائشة أن تناوله الخمره وهى حائض فقالت انى حائض فقال عليه الصلاة والسلام: إن حيضتك ليست فى يدك وماتت أيضاً من ترجيلها رأسه عليه الصلاة والسلام وهى حائض وقوله عليه الصلاة والسلام: ان المؤمن لا ينجس .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلفوا فى وطء الحائض فى طهرها وقبل الاغتسال فذهب مالك والشافعى والجمهور الى ان ذلك لا يجوز حتى تغتسل وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى ان ذلك جائز اذا طهرت لأن كثر أمد الحيض وهو عنده عشرة أيام وذهب الاوزاعى الى أنها ان غسلت فرجها بالماء جاز وطؤها أعنى كل حائض طهرت متى طهرت وبه قال أبو محمد بن حزم . وسبب اختلافهم الاحتمال الذى فى قوله تعالى (فاذا تطهرن) فأتوهن من حيث أمركم الله) هل المراد به الطهر الذى هو انقطاع دم الحيض أم الطهر بالماء ثم ان كان الطهر بالماء هل المراد به طهر جميع الجسد أم طهر الفرج فان الطهر فى كلام العرب وعرف اشهر اسم مشترك يقال على هذه الثلاثة المعانى وقد رجح الجمهور مذهبهم بان صيغة الفعل انما تنطابق على ما يكون من فعل المكلفين لا على ما يكون من فعل غيرهم فيكون قوله تعالى (فاذا تطهرن) أظهر فى معنى الغسل بالماء منه فى الطهر الذى هو انقطاع الدم والاظهر يجب انصير اليه حتى يدل الدليل على خلافه ورجح أبو حنيفة مذهبه بأن لفظ يقعان فى قوله تعالى (حتى يطهرن) هو أظهر فى الطهر الذى هو انقطاع دم الحيض منه فى التطهر بالماء والمسئلة كما ترى محتملة ويجب على من فهم من لفظ الطهر فى قوله تعالى حتى يطهرن معنى واحداً من هذه المعانى الثلاثة ان يفهم ذلك المعنى بعينه من قوله تعالى فاذا تطهرن لانه مما ليس يمكن أو مما يعسر ان يجمع فى الآية بين معنيين من هذه المعانى مختلفين حتى يفهم من لفظه تطهرن النقاء ويفهم من لفظ تطهرن الغسل بالماء على ما جرت به عادة المالكين فى الاحتجاج لما لك فانه ليس من عادة العرب ان يقولوا لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فأعطه درهما بل انما يقولون واذا دخل الدار فأعطه درهما لان الجملة الثانية هى مؤكدة لمفهوم الجملة الاولى ومن تأول قوله تعالى (ولا تقر بوهن حتى يطهرن) على أنه النقاء وقوله (فاذا تطهرن) على أنه الغسل بالماء فهو بمنزلة من قال لا تعط فلانا درهما حتى يدخل الدار فاذا دخل المسجد فأعطه درهما وذلك غير مفهوم فى كلام العرب الا ان يكون هنالك محذوف ويكون تقدير الكلام ولا تقر بوهن حتى يطهرن ويتطهرن فاذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله وفى تقدير هذا الحذف بعد ما ولا دليل عليه الا ان يقول قائل

ظهور لفظ التطهر في معنى الاغتسال هو الدليل عليه لكن هذا يعارضه ظهور عدم الحذف في الآية فان الحذف مجاز وحمل الكلام على الحقيقة أظهر من حمله على المجاز وكذلك فرض المجتهد ما هنا اذا انتهى بنظره الى مثل هذا الموضع ان يوازن بين الظاهرين فما ترجح عنده منهما على صاحبه عمل عليه وأعنى بالظاهرين أن يقايس بين ظهور لفظ فاذا تطهرن في الاغتسال بالماء وظهور عدم الحذف في الآية أن أحب أن يحمل لفظ تطهرن على ظاهره من النقاء فأى الظاهرين كان عنده أرجح عمل عليه أعنى إما لا يقدر في الآية حذفاً ويحمل لفظ فاذا تطهرن على النقاء أو يقدر في الآية حذفاً ويحمل لفظ فاذا تطهرن على الغسل بالماء أو يقايس بين ظهور لفظ فاذا تطهرن في الاغتسال وظهور لفظ يطهرن في النقاء فأى كان عنده أظهر أيضاً صرف تأويل اللفظ الثاني له وعمل على انهما يدلان في الآية على معنى واحد أعنى إما على معنى النقاء وإما على معنى الاغتسال بالماء وليس في طباع النظر الفقهية ان ينتهي في هذه الاشياء الى أكثر من هذا فأملاه وفي مثل هذه الحال يسوغ أن يقال كل محتمل مصيب وأما اعتبار أبي حنيفة أكثر الخيض في هذه المسئلة فضعيف .

المسئلة الثالثة ﴿﴾ اختلف الفقهاء في الذي يأتي امرأته وهي حائض فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة يستغفر الله ولا شيء عليه وقال أحمد بن حنبل يتصدق بدينار أو بنصف دينار وقالت فرقة من أدل الحديث ان وطئ في الدم فعليه دينار وان وطئ في انقطاع الدم فنصف دينار . وسبب اختلافهم في ذلك اختلافهم في صحة الاحاديث الواردة في ذلك أو وجهها وذلك أنه روى عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم في الذي يأتي امرأته وهي حائض انه يتصدق بدينار وروى عنه بنصف دينار وكذلك روى أيضاً في حديث ابن عباس هذا : انه ان وطئ في الدم فعليه دينار وان وطئ في انقطاع الدم فنصف دينار وروى في هذا الحديث يتصدق بخمسة دنانير به قال الاوزاعي فمن صح عنه شيء من هذه الاحاديث صار الى العمل بها ومن لم يصح عنه شيء منها وهم الجمهور وعمل على الاصل الذي هو سقوط الحكم حتى يثبت بدليل .

المسئلة الرابعة ﴿﴾ اختلف العلماء في المستحاضة فقوم أوجبوا عليها طهراً واحداً فقط وذلك عندما ترى انه قد انقضت حيضتها باحدى تلك العلامات التي تقدمت على حسب مذهب هؤلاء في تلك العلامات وهؤلاء الذين أوجبوا عليها طهراً واحداً انقسموا قسمين فقوم أوجبوا عليها ان تتوضأ لكل صلاة وقوم استحبوا ذلك لها ولم يوجبوه عليها والذين أوجبوا عليها طهراً واحداً فقط هم مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم وأكثر فقهاء الامصار

وأكثر هؤلاء أوجبوا عليهم أن تتوضأ لكل صلاة وبعضهم لم يوجب عليها إلا استحباباً وهو مذهب مالك وقوم آخر ون غير هؤلاء رأوا أن على المستحاضة أن تطهر لكل صلاة وقوم رأوا أن الواجب أن تؤخر الظهر إلى أول العصر ثم تطهر وتجمع بين الصلاتين وكذلك تؤخر المغرب إلى آخر وقتها وأول وقت العشاء وتطهر طهر اثناناً وتجمع بينهما ثم تطهر طهراً ثالثاً للصلاة الصبح فأوجبوا عليها ثلاثة أظفار في اليوم والليلة وقوم رأوا أن عليها طهراً واحداً في اليوم والليلة ومن هؤلاء من لم يحدله وقتاً وهو مروي عن عليٍّ ومنهم من رأى أن تطهر من طهر إلى طهر فيتحصل في المسئلة بالجملة أربع بعة أقوال، قول أنه ليس عليها إلا طهر واحد فقط عند انقطاع دم الحيض، وقول أن عليها الطهر لكل صلاة، وقول أن عليها ثلاثة أظفار في اليوم والليلة، وقول أن عليها طهر واحد في اليوم والليلة. والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة هو اختلاف ظواهر الأحاديث الواردة في ذلك وذلك أن الوارد في ذلك من الأحاديث المشهورة أربع أحاديث واحد منها متفق على صحته وثلاثة مختلف فيها أما المتفق على صحته حديث عائشة قالت: جاءت فاطمة ابنة أبي حبيش إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله: إنى امرأة أستحاض فلا أظفر فأفادع الصلاة فقال لها عليه الصلاة والسلام: لا إنما ذلك عرق وليست بالحيضة فإذا أقبلت الحيضة فدعى الصلاة وإذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وصلي وفي بعض روايات هذا الحديث وتوضئ لكل صلاة وهذه الزيادة لم يخرجها البخاري ولا مسلم وخرجها أبو داود ودوحيهما قوم من أهل الحديث والحديث الثاني حديث عائشة عن أم حبيبة بنت جحش امرأة عبد الرحمن بن عوف أنها استحاضت فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تغتسل لكل صلاة وهذا الحديث هكذا السند إسحاق بن الزهري وأما سائر أصحاب الزهري فأنما رويوا عنه أنها استحيضت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها: إنما هو عرق وليست بالحيضة وأمرها أن تغتسل وتصلّي فكانت تغتسل لكل صلاة على أن ذلك هو الذي فهمت منه لا أن ذلك منقول عن لفظه عليه الصلاة والسلام ومن هذا الطريق خرج البخاري. وأما الثالث فحديث أسماء ابنة عميس أنها قالت يا رسول الله إن فاطمة ابنة أبي حبيش استحيضت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لتغتسل للظهر والعصر غسلاً واحداً وللمغرب والعشاء غسلاً واحداً وتغتسل للعصر وتوضأ فيما بين ذلك خرج أبو داود ودوحيهما أبو محمد بن حزم. وأما الرابع فحديث حمدة ابنة جحش وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها بين أن تصلّي الصلوات بطهر واحد عند ما ترى أنه قد انقطع دم الحيض وبين أن تغتسل في اليوم والليلة ثلاث مرات على حديث أسماء بنت عميس إلا أن هنالك ظاهراً

على الوجوب وهنا على انتخير فلما اختلفت ظواهر هذه الاحاديث ذهب الفقهاء في تأويلها
أربعة مذاهب مذهب النسخ ومذهب الترجيح ومذهب الجمع ومذهب البناء والفرق
بين الجمع والبناء ان الباني ليس يرى ان هنالك تعارضاً في جمع بين الحديثين وأما الجامع
فيه ويرى ان هنالك تعارضاً في الظاهر فتامل هذا فإنه فرق بين أمان مذهب
الترجيح فمن أخذ بحديث فاطمة ابنة حبيش لمكان الاتفاق على صحته عمل على ظاهره أعني
من أنه لم يأمر صلى الله عليه وسلم ان تغتسل لكل صلاة ولا ان تجمع بين الصلوات
بغسل واحد ولا بشئ من تلك المذاهب والى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي
وأصحاب هؤلاء وهم الجمهور ومن صحت عنده من هؤلاء الزيادة الواردة فيه وهو
الامر بالوضوء لكل صلاة أوجب ذلك عليها ومن لم تصح عنده لم يوجب ذلك
عليها وأما من ذهب مذهب البناء فقال انه ليس بين حديث فاطمة وحديث أم حبيبة
الذي من رواه ابن اسحاق تعارض أصلاً وان الذي في حديث أم حبيبة من ذلك زيادة على
ما في حديث فاطمة فان حديث فاطمة انما وقع الجواب فيه عن السؤال هل ذلك الدم حيض
يمنع الصلاة أم لا فأخبرها عليه الصلاة والسلام انها ليست بحیضة تمنع الصلاة ولم يخبرها فيه
بوجوب الطهر أصلاً لكل صلاة ولا عند انقطاع دم الحيض وفي حديث أم حبيبة أمرها
بشئ واحد وهو التطهر لكل صلاة لكن للجمهور أن يقولوا ان تأخير البيان عن وقت
الحاجة لا يجوز فلو كان واجباً عليها الطهر لكل صلاة لأخبرها بذلك ويبعد أن يدعى مدع
انها كانت تعرف ذلك مع انها كانت تجهل الفرق بين الاستحاضة والحيض وأما تركه عليه
الصلاة والسلام إعلامها بالطهر الواجب عليها عند انقطاع دم الحيض فمضمن في قوله انها
ليست بالحيضة لانه كان معلوماً من سنته عليه الصلاة والسلام ان انقطاع الحيض يوجب
الغسل فذاً أنعم لم يخبرها بذلك لانها كانت عالمة به وليس الامر كذلك في وجوب الطهر لكل
صلاة الا أن يدعى مدع ان هذه الزيادة لم تكن قبل ثابتة وثبتت بعد فبتطرق الى ذلك المسئلة
المشهوره هل الزيادة نسخ أم لا وقد روي في بعض طرق حديث فاطمة أمره عليه الصلاة
والسلام لها بالغسل . فهذا هو حال من ذهب مذهب الترجيح ومذهب البناء . وأما من ذهب
مذهب النسخ فقال ان حديث أسماء بنت عميس ناسخ لحديث أم حبيبة واستدل على ذلك
بما روي عن عائشة ان سهلة ابنة سهيل استحيضت وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان
يأمرها بالغسل عند كل صلاة فلما جهدها ذلك أمرها أن تجمع بين الطهر والمصير في غسل
واحد والمغرب والعشاء في غسل واحد وتغتسل ثلثاً للصبح . وأما الذين ذهبوا مذهب الجمع

فتالوا ان حديث فاطمة ابنة حبيش محمول على التي تعرف أيام الحيض من أيام الاستحاضة وحديث أم حبيبة محمول على التي لا تعرف ذلك فأمرت بالطهر في كل وقت احتياطاً للصلاة وذلك ان هذه اذا قامت الى الصلاة يحتمل أن تكون طهرت فيجب عليها أن تغتسل لكل صلاة . وأما حديث أسماء ابنة عميس فمحمول على التي لا يتميز لها أيام الحيض من أيام الاستحاضة الا انه قد ينقطع عنها في أوقات فلهذا اذا انقطع عنها الدم وجب عليها أن تغتسل وتصلي بذلك الغسل صلاتين . وهنا قوم ذهبوا مذهب التخيير بين حديثي أم حبيبة وأسماء واحتجوا لذلك بحديث حمدة بنت جحش وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيرها وهؤلاء، منهم من قال ان المخيرة هي التي لا تعرف أيام حيضتها، ومنهم من قال بل هي المستحاضة على الاطلاق عارفة كانت أو غير عارفة وهذا قول خامس في المسئلة الا ان الذي في حديث حمدة ابنة جحش انما هو التخيير بين أن تصلي الصلوات كلها بطهر واحد وبين أن تتطهر في اليوم والليلة ثلاث مرات . وأما من ذهب الى أن الواجب أن تتطهر في كل يوم مرة واحدة فلهذا انما أوجب ذلك عليها المكان الشك ولست أعلم في ذلك أثراً .

المسئلة الخامسة : اختلف العلماء في جواز وطء المستحاضة على ثلاثة أقوال فقال قوم يجوز وطؤها وهو الذي عليه فقهاء الامصار وهو مروى عن ابن عباس وسعيد بن المسيب وجماعة من التابعين وقال قوم ليس يجوز وطؤها وهو مروى عن عائشة وبه قال النخعي والحكم وقال قوم لا يأتيها زوجها الا أن يطول ذلك بها وهذا القول قال أحمد بن حنبل . وسبب اختلافهم هل اباحة الصلاة لها هي رخصة لمكان تأكيده وجوب الصلاة أم انما أيسحت لها الصلاة لان حكمها حكم الطاهر فمن رأى ان ذلك رخصة لم يحز لزوجها أن يطأها ومن رأى ان ذلك لان حكمها حكم الطاهر أباح لها ذلك وهي بالجملة مسئلة مسكوت عنها وأما التفرق بين الطول ولا طول فابتهجسان .

﴿ كتاب التيمم ﴾

والقول المحيط باصول هذا الكتاب يشتمل بالجملة على سبعة أبواب ، الباب الاول في معرفة الطهارة التي هذه الطهارة بدل منها ، الثاني في معرفة من تجوز له هذه الطهارة ، الثالث في معرفة شروط جواز هذه الطهارة ، الرابع في صفة هذه الطهارة ، الخامس فيما تصنع به هذه الطهارة ، السادس في نواقض هذه الطهارة ، السابع في الاشياء التي هذه الطهارة شرط في صحتها أو في استباحتها .

﴿ الباب الاول ﴾

اتفق العلماء على أن هذه الطهارة هي بدل من الطهارة الصغرى واختلفوا في الكبرى فروى عن عمر وابن مسعود انهما كانا لا يريانها بدلا من الكبرى وكان على وغيره من الصحابة يرون أن التيمم يكون بدلا من الطهارة الكبرى وبه قال عامة الفقهاء . والسبب في اختلافهم الاحتمال الوارد في آية التيمم وأنه لم تصح عندهم الآثار الواردة بالتيمم للجنب أما الاحتمال الوارد في الآية فلأن قوله تعالى (فلم تجدوا ماء فتيمموا) يحتمل أن يعود الضمير الذي فيه على المحدث حدثا أصغر فقط ويحتمل أن يعود عليهما معا لكن من كانت الملامسة عند دفعي الآية الجماع فلا ظهر أنه عائد عليهما معا ومن كانت الملامسة عنده هي اللمس باليد أعنى في قوله (تعالى أولا مستم النساء) فلا ظهر أنه انما يعود الضمير عنده على المحدث حدثا أصغر فقط اذ كانت الضمائر انما يحتمل أبداً عودها على أقرب مذكور الا ان يقدّر في الآية تقدماً وتأخيراً حتى يكرّر تقديرها هكذا يأياها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة أوجاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم الى الكعبين وان كنتم جنبا فاطهروا وان كنتم مرضى أو على سفر فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا ومثل هذا ليس ينبغى أن يصار اليه الا بدليل فان التقديم والتأخير مجاز وحمل الكلام على الحقيقة أولى من حمله على المجاز وقد بطن ان في الآية شيئا يقتضى تقدما وتأخيراً وهو أن حملها على ترتيبها يوجب ان المرض والسفر حدثان لكن هذا لا يحتاج اليه اذ قدرت أوها هنا بمعنى الواو وذلك موجود في كلام العرب في مثل قول الشاعر

وكان سيان ألا يسرحوا نعا * أو يسرحوه بها واغبرت السرح

فانه انما يقال سيان زيد وعمر وهذا هو أحد الاسباب التي أوجبت الخلاف في هذه المسألة وأما رتباهم في الآثار التي وردت في هذا المعنى فبين مما خرجه البخارى ومسلم ان رجلا أتى عمر رضى الله عنه فقال أجنب فلم أجده الماء فقال لا تصل فقال عمار أما تذكر يا أمير المؤمنين اذا أنا وأنت في سرية فاجنبنا فلم نجد الماء فاما أنت فلم تصل وأما أنا فقمعت في التراب فصليت فقال النبي صلى الله عليه وسلم انما كان يكفيك أن تضرب بيدك ثم تنفخ فيها ثم تمسح بهما وجهك وكفيك فقال عمر اتق الله يا عمار فقال ان شئت لم أحدث به وفي بعض الروايات أنه قال له عمر نوليك ما توليت وخرج مسلم عن شقيق قال كنت جالسا مع عبد الله بن مسعود وأبي موسى فقال أبو موسى يا أبا عبد الرحمن أرايت لو

أن رجلاً أجيب فلم يجد الماء شهر أكيف يصنع بالصلاة فقال عبد الله لأبي موسى لا يتيمم وإن لم يجد الماء شهر أقال أبو موسى فكيف بهذه الآية في سورة المائدة (فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً) فقال عبد الله لو رخص لهم في هذه الآية لا وشك إذا برد عليهم الماء أن يتيمموا بالصعيد فقال أبو موسى لعبد الله ألم تسمع لقول عمار وذكر له الحديث المتقدم فقال له عبد الله ألم تر عمر لم يقنع بقول عمار لكن الجمهور رأوا أن ذلك قد ثبت من حديث عمار وعمران بن الحصين خرجهما البخاري وإن نسيان عمر ليس مؤثراً في وجوب العمل بحديث عمار وأيضاً فإنهم استدلووا بجواز التيمم للجنب والحائض بعموم قوله عليه الصلاة والسلام: جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً وأما حديث عمران بن الحصين فهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً معتزلاً لم يصل مع القوم فقال: يا فلان أما يكفيك أن تصلي مع القوم فقال يا رسول الله أصابتني جنباً ولا ماء فقال عليه الصلاة والسلام: عليك بالصعيد فإنه يكفيك ولموضع هذا الاحتمال اختلفوا هل لمن ليس عنده ماء أن يطأ أهله أم لا يطؤها أعنى من يجوز للجنب التيمم.

﴿ الباب الثاني ﴾

وأما من تجوز له هذه الطهارة فأجمع العلماء أنها تجوز لاثنتين للمريض وللمسافر إذا عدا الماء واختلقوا في أربع في المريض يجد الماء ويخاف من استعماله وفي الحاضر بعدم الماء وفي الصحيح المسافر يجد الماء فيمنعه من الوصول إليه خوف وفي الذي يخاف من استعماله من شدة البرد . فاما المريض الذي يجد الماء ويخاف من استعماله فقال الجمهور يجوز التيمم له وكذلك الصحيح الذي يخاف الهلاك أو المرض الشديد من برد الماء وكذلك الذي يخاف من الخروج إلى الماء إلا أن معظمهم أوجب عليه إعادة إذا وجد الماء . وقال عطاء لا يتيمم المريض ولا غير المريض إذا وجد الماء . وأما الحاضر الصحيح الذي يعدم الماء فذهب مالك والشافعي إلى جوار التيمم له وقال أبو حنيفة لا يجوز التيمم للحاضر الصحيح وإن عدا الماء . وسبب اختلافهم في هذه المسائل الأربع التي هي قواعد هذا الباب . أما في المريض الذي يخاف من استعمال الماء فهو اختلافهم هل في الآية محذوف مقدر في قوله تعالى (وإن كنتم مرضى أو على سفر) فمن رأى أن في الآية محذوفاً وان تقدير الكلام وإن كنتم مرضى لا تقدر على استعمال الماء وإن الضمير في قوله تعالى فلم تجدوا ماء إنما يعود على المسافر فقط أجاز التيمم للمريض الذي يخاف من استعمال الماء ومن رأى أن الضمير في لم تجدوا ماء يعود على

المريض والمسافر معاً وأنه ليس في الآية حذف لم يحز للمريض إذا وجد الماء التيمم . وأما سبب اختلافهم في الحاضر الذي بعدم الماء فاحتمال الضمير الذي في قوله تعالى فلم يجدوا ماءً أن يعود على أصناف اتخذت أعني الحاضرين والمسافرين أو على المسافرين فقط فنראה ثانياً على جميع أصناف اتخذت أجاز التيمم للحاضرين ومن رآه عائداً على المسافرين فقط أو على المرضى والمسافرين لم يحز التيمم للحاضر الذي عدم الماء . وأما سبب اختلافهم في الخائف من الخروج إلى الماء فاختلافهم في قياسه على من عدم الماء وكذلك اختلافهم في الصحيح يخاف من برد الماء السبب فيه هو اختلافهم في قياسه على المريض الذي يخاف من استعمال الماء وقد رجح مذهبه القائلون بجواز التيمم للمريض بحديث جابر في الخروج الذي اغتسل فمات فجاز عليه الصلاة والسلام المسح له وقال : قتلوه قتلهم الله وكذلك رجحوا أيضاً قياس الصحيح الذي يخاف من برد الماء على المريض بما روى أيضاً في ذلك عن عمرو ابن العاص أنه أجنب في ليلة باردة فتيمم وتلى قول الله تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً) فذكر ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام فلم يعنف .

الباب الثالث

وأما معرفة شروط هذه الطهارة فيتعلم بها ثلاث مسائل قواعد، أحداها هل النية من شرط هذه الطهارة أم لا، والثانية هل الطلب شرط في جواز التيمم عند عدم الماء أم لا، والثالثة هل دخول الوقت شرط في جواز التيمم أم لا .
 أما المسئلة الأولى فالجواب هو على أن النية فيها شرط لكونها عبادة غير معقولة المعنى وشذو زفر قتال ان النية ليست بشرط فيها وأنهم لا يحتاج الى نية وقد روى ذلك أيضاً عن الأوزاعي والحسن بن حي وهو ضعيف .
 وأما المسئلة الثانية فإنا مالكا رضى الله عنه اشترط الطلب وكذلك الشافعي ولم يشترطه أبو حنيفة . وسبب اختلافهم في هذا هو هل يسمى من لم يجد الماء دون طلب غير واجد للماء أم ليس يسمى غير واجد للماء إلا إذا طلب الماء فلم يجده لكن الحق في هذا أن يعتد أن المتيقن لعدم الماء إما بطلب متقدم أو ما بغير ذلك هو عدم للماء وأما الظان فليس بعدم للماء ولذلك يضعف القول بتكرار الطلب الذي في المذهب في المكان الواحد بعينه ويتقوى اشتراطه ابتداء إذا لم يكن هنالك علم قطعي بعدم الماء .
 وأما المسئلة الثالثة فهو اشتراط دخول الوقت فمنهم من اشتراطه وهو مذهب

الشافعي ومالك ومنهم من لم يشترطه وبه قال أبو حنيفة وأهل الظاهر وابن شعبان من أصحاب مالك . وسبب اختلافهم هو هل ظاهر مفهوم آية الوضوء يقتضي ان لا يجوز التيمم والوضوء الا عند دخول الوقت لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) الآية فأوجب الوضوء والتيمم عند وجوب القيام الى الصلاة وذلك اذا دخل الوقت فوجب لهذا أن يكون حكم الوضوء والتيمم في هذا حكم الصلاة أعني أنه كما ان الصلاة من شرط صحتها الوقت كذلك من شرط صحة الوضوء والتيمم الوقت الا أن التسرع خصص الوضوء من ذلك فبقى التيمم على أصله أم ليس يقتضي هذا ظاهر مفهوم الآية وان تنذر بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة) أي اذا أردتم القيام الى الصلاة وأيضاً فإنه لو لم يكن هنالك محذوف لما كان يفهم من ذلك الايجاب الوضوء والتيمم عند وجوب الصلاة فقط لا أنه لا يجوز ان وقع قبل الوقت الا أن يقاس على الصلاة فلذلك الأولى أن يقال في هذا ان سبب الخلاف فيه هو قياس التيمم على الصلاة لكن هذا يضعف فان قياسه على الوضوء أشبه فتأمل هذه المسئلة فانها ضعيفة أعني من يشترط في صحته دخول الوقت ويجعله من العبادة المؤقتة فان التوقيت في العبادة لا يكون الا بدليل سمعي وانما يسوغ القول بهذا اذا كان على رجاء من وجود الماء قبل دخول الوقت فيكون هذا ليس من باب ان هذه العبادة مؤقتة لكن من باب انه ليس ينطلق اسم الغير واجد للماء الا عند دخول وقت الصلاة لانه ما لم يدخل وقتها لم يكن ان يطراً هو على الماء ولذلك اختلف المذهب متى يتيمم هل في أول الوقت أو في وسطه أو في آخره لكن هاهنا مواضع يعلم قطعاً ان الانسان ليس بطارى على الماء فيها قبل دخول الوقت ولا الماء بطارى عليه وأيضاً فان قدرنا طرو الماء فليس يجب عليه الا تنقض التيمم فقط لا منع صحته وتقدير الطر وهو ممكن في الوقت وبعده فلم جعل حكمه قبل الوقت خلاف حكمه في الوقت أعني انه قبل الوقت يمنع اعتداد التيمم وبعده دخول الوقت لا يمنعه وهذا كله لا ينبغي ان يصار اليه الا بدليل سمعي ويلزم على هذا ألا يجوز التيمم الا في آخر الوقت فتأمل .

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما صفة هذه الطهارة فيتعلق بها اثلاث مسائل هي قواعد هذا الباب

المسئلة الاولى ﴿ اختلف الفقهاء في حد الايدي التي أمر الله سبحانه في التيمم في قوله فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه على أربعة أقوال ، القول الاول ان الحد الواجب في ذلك هو الحد الواجب بعينه في الوضوء وهو الى المرافق وهو مشهور المذهب وبه قال فقهاء

الامصار، والقول الثاني ان الفرض هو مسح الكف فقط وبه قال أهل الظاهر وأهل الحديث والقول الثالث الاستحباب الى المرفقين والفرض الكفان وهو مروى عن مالك؛ والقول الرابع ان الفرض الى المناكب وهو شاذ مروى عن الزهري ومحمد بن مسلمة . والسبب في اختلافهم اشتراك اسم اليد في لسان العرب وذلك ان اليد في كلام العرب يقال على ثلاثة معان على الكف فقط وهو أظهرها استعمالا ويقال على الكف والذراع ويقال على الكف والساعد والعضد . والسبب الثاني اختلاف الآثار في ذلك وذلك ان حديث عمار المشهور فيه من طرقه الثابتة : انما يكفيك أن تضرب بيدك ثم تنفخ فيها ثم تمسح بها وجهك وكفيك وورد في بعض طرقه انه قال له عليه الصلاة والسلام : وان تمسح بيدك الى المرفقين وروى أيضا عن ابن عمر ان النبي عليه الصلاة والسلام قال : التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وروى أيضا من طريق ابن عباس ومن طريق غيره فذهب الجمهور الى ترجيح هذه الاحاديث على حديث عمار الثابت من جهة عضد القياس لها عنى من جهة قياس التيمم على الوضوء وهو بعينه حملهم على ان عدلوا بلفظ اسم اليد عن الكف الذي هو فيه أظهر الى الكف والساعد ومن زعم انه ينطلق عليهما بالسواء وانه ليس في أحدهما أظهر منه في الثاني فقد أخطأ فان اليد وان كانت إسما مشتركا ففى الكف حقيقة وفما فوق الكف محاذ وليس كل اسم مشترك هو مجمل وانما المشترك المجمل الذي وضع من أول أمره مشتركاً وفي هذا قال الفقهاء إنه لا يصح الاستدلال به ولذلك ما نقول إن الصواب هو أن يعتمدان الفرض انما هو الكفان فقط وذلك ان اسم اليد لا يخلو أن يكون في الكف أظهر منه في سائر الأجزاء أو يكون دلالة على سائر أجزاء الذراع والعضد بالسواء فان كان أظهر فيجب المصير اليه على ما يجب المصير الى الأخذ بالظاهر وان لم يكن أظهر فيجب المصير الى الأخذ بالأثر الثالث فأما أن يغلب القياس هاهنا على الأثر فلا معنى له ولا أن ترجح به أيضاً أحاديث لم تثبت بعد فالقول في هذه المسئلة بين من الكتاب والسنة فتأملوه وأما من ذهب الى الآباط فانما ذهب الى ذلك لأنه قد روى في بعض طرق حديث عمار أنه قال : تيمم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمسحنا بوجوهنا وأيدينا الى المناكب ومن ذهب الى أن يحمل تلك الأحاديث على التدب وحديث عمار على الوجوب فهو مذهب حسن اذ كان لجمع أولى من الترجيح عند أهل الكلام الفقهى الا أن هذا إنما ينبغي أن يصار اليه إن اصبحت تلك الأحاديث .

المسئلة الثانية في اختلاف العلماء في عدد الضربات على الصعيد للتيمم ، فمنهم من قال

واحدة، ومنهم من قال انثنين والذين قالوا انثنين منهم من قال ضربة للوجه وضربة لليدين وهم الجمهور واذا قلت الجمهور قالقها الثلاثة معدودون فيهم أعني مالك والشافعي وأبا حنيفة ومنهم من قال ضربتان لكل واحد منهما أعني لليد ضربتان وللوجه ضربتان . والسبب في اختلافهم ان الآية مجملة في ذلك والأحاديث متعارضة وقياس التيمم على الموضوع في جميع أحواله غير متفق عليه والذي في حديث عمار الثابت من ذلك انما هو ضربة واحدة للوجه والكفين معاً لكن هاهنا أحاديث فيها ضربتان فرجح الجمهور هذه الأحاديث لمكان قياس التيمم على الموضوع .

﴿المسئلة الثالثة﴾ اختلف الشافعي مع مالك وأبي حنيفة وغيرهما في وجوب توصيل التراب إلى أعضاء التيمم فلم يرد ذلك أبو حنيفة واجباً ولا مالك ورأى ذلك الشافعي واجباً وسبب اختلافهم الاشتراك الذي في حرف من في قوله تعالى (فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه) وذلك ان منه قد ترد للتبعيض وقد ترد لتمييز الجنس فمن ذهب إلى أنها هاهنا للتبعيض أوجب نقل التراب إلى أعضاء التيمم ومن رأى انها تميز الجنس قال ليس النقل واجباً والشافعي إنما رجح حملها على التبعيض من جهة قياس التيمم على الموضوع لكن يعارضه حديث عمار المتقدم لأن فيه ثم تنفخ فيها وتيمم رسول الله صلى الله عليه وسلم على الخائط وينبغي أن تعلم أن الاختلاف في وجوب الترتيب في التيمم وجوب الفور فيه هو بعينه اختلافهم في ذلك في الموضوع وأسباب الخلاف هنالك هي أسبابه هنا فلا معنى لا عادته .

﴿الباب الخامس﴾

فما تصنع به هذه الطهارة وفيه مسئلة واحدة وذلك أنهم اتفقوا على جوازها بتراب الحرث الطيب . واختلفوا في جواز فعلها بما عدى التراب من أجزاء الأرض المتولدة عنها كالحجارة فذهب الشافعي إلى أنه لا يجوز التيمم الا بالتراب الخالص وذهب مالك وأصحابه إلى أنه يجوز التيمم بكل ما صعد على وجه الأرض من أجزاءها في المشهور عنه الحصا والرمل والتراب وزاد أبو حنيفة فقال وبكل ما يتولد من الأرض من الحجارة مثل النورة والزرنينخ والجص والطين والرخام ومنهم من شرط أن يكون التراب على وجه الأرض وهم الجمهور وقال أحمد بن حنبل يتيمم بغبار الثوب واللبد . والسبب في اختلافهم شيان، أحدهما اشتراك اسم الصعيد في لسان العرب فانه مرة يطلق على التراب الخالص ومرة يطلق على جميع أجزاء الأرض الظاهرة حتى ان مالكاً وأصحابه حملهم دلالة اشتقاق هذا الاسم أعني الصعيد أن

يخبروا في إحدى الروايات عنهم التيمم على الحشيش وعلى الثلج قالوا لأنه يسمى صعيداً
في أصل التسمية أعني من جهة صعوده على الأرض وهذا ضعيف . والسبب الثاني
إطلاق اسم الأرض في جواز التيمم بها في بعض روايات الحديث المشهور وتقييدها
بالتراب في بعضها وهو قوله عليه الصلاة والسلام: جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً فأن
في بعض رواياه جعلت لي الأرض مسجداً وطهوراً وفي بعضها جعلت لي الأرض
مسجداً وجعلت لي ترابها طهوراً وقد اختلف أهل الكلام الفقهي هل يقتضي المطلق على
المتيّد أو بالمتيّد على الطاق والمشهور عندهم أن يقتضي بالمتيّد على المطلق وفيه نظر ومذهب أبي
محمد بن حزم أن يقتضي بالمطلق على المتيّد لأن المطلق فيه زيادة معنى فمن كان رأيه القضاء
بالمتيّد على المطلق وحمل اسم الصعيد الطيب على التراب لم يحز التيمم إلا بالتراب ومن قضى
بالمطلق على المتيّد وحمل اسم الصعيد على كل ما على وجد الأرض من أجزائها أجاز التيمم
بالرمل والحصى وأما إجازة التيمم بما يتولد منها فضعيف إذ كان لا يتناول اسم الصعيد فإن
أعم دلالة اسم الصعيد أن يدل على ما يدل عليه الأرض لأن يدل على الزرنيخ والنورة
ولا على الثلج والحشيش والله الموفق للصواب . والاشتراك الذي في اسم الطيب أيضاً
من أحد دواعي الخلاف .

باب السادس

وأما مناقض هذه الطهارة فاهم اتفقوا على أنه ينقضها ما ينقض الأصل الذي هو الوضوء
والطهر واختلعهما من ذلك في مسألتين، إحداهما هل ينقضها إرادة صلاة أخرى مفروضة غير
المفروضة التي تيمم لها والمسئلة الثانية هل ينقضها وجود الماء أم لا .

﴿ أما المسئلة الأولى ﴾ مذهب مالك فيها إلى أن إرادة الصلاة الثانية تنقض طهارة
الأولى ومذهب غيره خلاف ذلك وأصل هذا الخلاف يدور على شيئين، أحدهما هل في
قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة) محذوف مقدر أعني إذا قمتم من النوم أو قمتم
محدثين أم ليس هنالك محذوف أصلاً فمن رأى أن لا محذوف هنالك قال ظاهر الآية وجوب
الوضوء أو التيمم عند القيام لكل صلاة لكن خصصت السنة من ذلك الوضوء فبقى التيمم
على أصله لكن لا ينبغي أن يحتج بهذا المالك فإن مالكا يرى أن الآية محذوفة على ما رواه
عن زيد بن أسلم في موطأه . وأما السبب الثاني فهو تكرار الطلب عند دخول وقت كل
صلاة وهذا هو الأزم لأصول مالك أعني أن يحتج لهذا وقد تقدم القول في هذه المسئلة ومن

لم يسكر ر عنده الطاب وقد ر في الآفة محدوقاً لم إرادة الصلاة الثانية مما ينتقض التيمم .
﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فان الجمهور ذهبوا إلى أن وجود الماء ينتقضها وذهب قوم إلى أن
الناقض لها هو الحدث وأصل هذا الخلاف هل وجود الماء يرفع استصحاب الطهارة التي
كانت بالتراب أو يرفع ابتداء الطهارة به فن رأى أنه يرفع ابتداء الطهارة به قال لا ينتقضها
الا لحدث ومن رأى أنه يرفع استصحاب الطهارة قال أنه ينتقضها فان حدث النافض
هو الرفع للاستصحاب وقد احتج الجمهور لمذهبهم بالحديث الثابت وهو قوله عليه
الصلاة والسلام: جعلت لى الارض مسجداً وطهوراً لم يجد الماء والحديث محتمل
فانه يمكن أن يقال إن قوله عليه الصلاة والسلام: لم يجد الماء يمكن أن يفهم منه فاذا وجد الماء
انتقضت هذه الطهارة وارتفعت ويمكن أن يفهم منه فاذا وجد الماء لم تصح ابتداء هذه الطهارة
والأقوى فى عضد الجمهور هو حديث أبى سعيد الخدرى وفيه أنه عليه الصلاة
والسلام قال: فاذا وجدت الماء فأمسه جلدك فان الأمر محمول عند جمهور المتكلمين على
القور وان كان أيضاً قد تطرق إليه الاحتمال المتقدم قأمل هذا . وقد حمل الشافعى تسليمه
ان وجود الماء يرفع هذه الطهارة أن قال إن التيمم ليس رافعا للحدث أى ليس مفيداً
للتيمم الطهارة الرافعة للحدث وانما هو مبيح للصلاة فقط مع بقاء الحدث وهذا لا معنى له
فان الله قد سماه طهارة وقد ذهب قوم من أصحاب مالك هذا المذهب فقالوا إن التيمم لا يرفع
الحدث لانه لو رفعه لم ينتقضه الا لحدث . والجواب أن هذه الطهارة وجود الماء فى حتمها هو
حدث خاص بها على القول بأن الماء ينتقضها . واتفق القائلون بأن وجود الماء ينتقضها على
أنه ينتقضها قبل الشروع فى الصلاة وبعد الصلاة . واختلفوا هل ينتقضها طروده فى الصلاة
فذهب مالك والشافعى وداود إلى أنه لا ينتقض الطهارة فى الصلاة وذهب أبو حنيفة وأحمد
وغيرهما إلى أنه ينتقض الطهارة فى الصلاة وهم أحفظ للاصل لأنه أمر غير مناسب
للمشروع أن يوجد شىء واحد لا ينتقض الطهارة فى الصلاة وينتقضها فى غير الصلاة ويمثل
هذا شنعوا على مذهب أبى حنيفة فيما يراى من أن الضحك فى الصلاة ينتقض الوضوء مع أنه
مستند فى ذلك إلى الأثر فتأمل هذه المسئلة قامها بينة ولا حجة فى الظواهر التى يرام الاحتجاج
بها لهذا المذهب من قوله تعالى (ولا تبطلوا أعمالكم) فان هذا لم يطل الصلاة بارادته وانما
أبطلها طرود الماء كما لو أحدث .

﴿ الباب السابع ﴾

واتفق الجمهور على أن الأفعال التي هذه الطهارة شرط في صحتها هي الأفعال التي الوضوء شرط في صحتها من الصلاة ومس المصحف وغير ذلك . واختلفوا هل يستباح بها أكثر من صلاة واحدة فقط فمشهور مذهب مالك أنه لا يستباح بها صلاتان مفروقتان أبداً . واختلف قوله في الصلاتين المقصبتين والمشهور عنه أنه إذا كانت إحدى الصلاتين فرضاً والأخرى نافلة أنه إن قدم الفرض جمع بينهما وإن قدم النفل لم يجمع بينهما . وذهب أبو حنيفة إلى أنه يجوز الجمع بين صلوات مفروضة بتيمة واحدة . وأصل هذا الخلاف هل هو التيمم بحج لكل صلاة أم لا إمام من قبل ظاهر الآية كما تقدم وإمام من قبل وجوب تكرار الطلب وإما من كليهما .

﴿ كتاب الطهارة من النجس ﴾

والقول المحيطة بأصول هذه الطهارة وقواعدها ينحصر في ستة أبواب ، الباب الأول في معرفة حكم هذه الطهارة أعني في الوجوب أو في الندب إماماً مطلقاً وإماماً من جهة أنها مشترطة في الصلاة ، الباب الثاني في معرفة أنواع النجاسات ، الباب الثالث في معرفة المحال التي يجب إزالتها عنها ، الباب الرابع في معرفة الشيء الذي به زال ، الباب الخامس في صفه إزالتها في محل محل ، الباب السادس في آداب الأحداث .

﴿ الباب الأول ﴾

والأصل في هذا الباب إماماً من الكتاب فقوله تعالى (وثيابك فطهر) وأما من السنة فآثار كثيرة ثابتة منها قوله عليه الصلاة والسلام : من توضأ فليستثر ومن استجمر فليوتر ومنها أمره صلى الله عليه وسلم بغسل دم الحيض من الثوب وأمره بصب ذنوب من ماء على بول الأعرابي وقوله عليه الصلاة والسلام في صاحب القبر : إنهما ليغذبان وما يغذبان في كبير أما أحدهما فكان لا يستتره من البول . واتفق العلماء على أن إزالة النجاسة مأثور به في الشرع . واختلفوا هل ذلك على الوجوب أو على الندب المذكور وهو الذي يعبر عنه بالسنة فقال قوم أن إزالة النجاسات واجبة وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال قوم إزالتها سنة مؤكدة وليست بفرض وقال قوم هي فرض مع الذكرك ساقطة مع النسيان وكلا هذين

القولين عن مالك وأصحابه . وسبب اختلافهم في هذه المسئلة راجع الى ثلاثة أشياء، أحدها اختلافهم في قوله تبارك وتعالى (وثيابك فطهر) هل ذلك محمول على الحقيقة أو محمول على المجازة، والسبب الثاني تعارض ظواهر الآثار في وجوب ذلك ، والسبب الثالث إختلافهم في الامر والنهي الوارد لعلة معقولة المعنى هل تلك العلة المفهومة من ذلك الامر أو النهي قرينة تنقل الامر من الوجوب الى الندب والنهي من الخطر الى الكراهة أم ليست قرينة وأنه لا فرق في ذلك بين العبادة المعقولة وغير المعقولة وانما صار من صار الى الفرق في ذلك لان الاحكام المعقولة المعاني في الشرع أكثرها من باب محاسن الاخلاق أو من باب المصالح وهذه في الاكثر هي مندوب اليها فمن حمل قوله تعالى وثيابك فطهر على الثياب المحسوسة قال الطهارة من النجاسة واجبة ومن حملها على الكناية عن طهارة القلب لم يرفها حجة . وأما الآثار المتعارضة في ذلك فمنها حديث صاحب القبر المشهور وقوله فيه ما صلى الله عليه وسلم : انهما ليعذبان وما يعذبان في كبير أما أحدهما فكان لا يستتره من بوله فظاهر هذا الحديث يقتضي الوجوب لأن العذاب لا يتعلق الا بالواجب . وأما المعارض لذلك فثبت عنه عليه الصلاة والسلام من أنه رمى عليه وهو في الصلاة سلا جزور بالدم والفرث فلم يقطع الصلاة وظاهر هذا أنه لو كانت ازالة النجاسة واجبة كوجوب الطهارة من الحدث لقطع الصلاة، ومنها ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام كان في صلاة من الصلوات يصلي في نعليه فطرح نعليه فطرح الناس لطرحه ناعلمهم قآنكر ذلك عليهم عليه الصلاة والسلام وقال : انما خلعتان لاني جبريل أخبرني أن فيها قدر أظفار هذا أنه لو كانت واجبة لما بني على ما مضى من الصلاة فن ذهب في هذه الآثار مذهب ترجيح الظواهر قال إماما بالوجوب ان رجح ظاهر حديث الوجوب أو بالندب ان رجح ظاهر حديثي الندب أعني الحديثين اللذين يقتضيان ان ازالتهما من باب الندب المؤكد ومن ذهب مذهب الجمع فذهب من قال هي فرض مع الذكرو القدرة ساقطة مع النسيان وعدم القدرة ومنهم من قال هي فرض مطلقة وليست من شروط صحة الصلاة وهو قول رابع في المسئلة وهو ضعيف لان النجاسة انما تزال في الصلاة وكذلك من فرق بين العبادة المعقولة المعنى وبين الغير معقولته أعنى أنه جعل الغير معقولة أكد في باب الوجوب ففرق بين الامر الوارد في الطهارة من الحدث وبين الامر الوارد في الطهارة من النجس لان الطهارة من النجس معلوم أن المقصود بها النظافة وذلك من محاسن الاخلاق وأما الطهارة من الحدث فغير معقولة المعنى مع ما اقترن بذلك من صلاتهم في النعال مع أنها لا تنفك من ان يوطأ بها النجاسات غالباً وما أجمعوا عليه من العفو عن اليسير في بعض النجاسات .

﴿الباب الثاني﴾

وأما أنواع النجاسات فإن العلماء اختلفوا من أعيانها على أربعة، ميتة الحيوان ذى الدم الذى ليس بمائى، وعلى لحم الخنزير بأى سبب اتفق أن تذهب حياته، وعلى الدم نفسه من الحيوان الذى ليس بمائى اتفصل من الحى أو الميت اذا كان مسفوحاً أعنى كثيراً، وعلى بول ابن آدم ورجيعه وأكثروا على نجاسة الخمر وفى ذلك خلاف عن بعض المحدّثين واختلفوا فى غير ذلك والتواعد من ذلك سبع مسائل •

﴿المسئلة الأولى﴾ اختلفوا فى ميتة الحيوان الذى لا دم له وفى ميتة الحيوان البحرى فذهب قوم الى أن ميتة ما لا دم له طاهرة وكذلك ميتة البحر وهو مذهب مالك وأصحابه وذهب قوم الى التسوية بين ميتة ذوات الدم التى لا دم لها فى النجاسة واستثنوا من ذلك ميتة البحر وهو مذهب الشافعى الا ما وقع الاتفاق على أنه ليس بميتة مثل دود الخسل وما يتولد فى المطعومات وسوى قوم بين ميتة البر والبحر واستثنوا ميتة ما لا دم له وهو مذهب أبى حنيفة وسبب اختلافهم اختلافهم فى مفهوم قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) وذلك انهم فيما أحسب اتفقوا انه من باب العام أرى به الخاص • واختلفوا أى خاص أرى به ففهم من استثنى من ذلك ميتة البحر وما لا دم له ومنهم من استثنى من ذلك ميتة البحر فقط ومنهم من استثنى من ذلك ميتة ما لا دم له فقط • وسبب اختلافهم فى هذه المستثنات هو سبب اختلافهم فى الدليل المخصوص • أما من استثنى من ذلك ما لا دم له فحجته مفهوم الأثر الثابت عنه عليه الصلاة والسلام من أمره بمثل الدباب اذا وقع فى الطعام قالوا فماذا يدل على طهارة الدباب وليس لذلك علامة الا انه غير ذى دم • وأما الشافعى فعنده ان هذا خاص بالدباب لقوله عليه الصلاة والسلام: فان فى احدى جناحيه داء وفى الاخرى دواء • وهن الشافعى هذا المفهوم من الحديث بان ظاهر الكتاب يقتضى ان الميتة والدم نوعان من أنواع المحرمات، أحدهما تعمل فيه التذكية وهى الميتة وذلك فى الحيوان المباح الأكل باتفاق والدم لا تعمل فيه التذكية فحكمهما مفترق فكيف يجوز أن يجمع بينهما حتى يقال ان الدم هو سبب تحريم الميتة وهذا قوى كما ترى فاندلو كان الدم هو السبب فى تحريم الميتة لما كانت ترتفع الحرمة عن الحيوان بالذكاة وتبقى حرمة الدم الذى لم ينفصل بعد عن المذكاة وكانت الحلية انما توجد بعد انفصال الدم عنه لانه اذا ارتفع السبب ارتفع المسبب الذى يقتضيه ضرورة لانه ان وجد السبب والمسبب غير موجود فليس له هو سبباً ومثال ذلك انه اذا ارتفع التحريم عن عصير العنب

وجب ضرورة ان يرتفع الاسكار ان كنا نعتقد ان الاسكار هو سبب التحريم . وأما من استثنى من ذلك ميتة البحر فانه ذهب الى الأثر الثابت في ذلك من حديث جابر وفيه انهم أكلوا من الحوت الذي رماه البحر أيا ساو تزودوا منه واهم اخبروا بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسن فعلهم وسألهم هل بقي منه شيء وهو دليل على انه لم يحوز ذلك لهم لمكان ضرورة خروج الزاد عنهم . واحتجوا أيضاً بقوله عليه الصلاة والسلام : هو الطهور وماؤه الحل ميتته . وأما ابو حنيفة فرجح عموم الآية على هذا الأثر إما لان الآية مقطوع بها والأثر مظنون وإما لانه رأى ان ذلك رخصة لهم أعني حديث جابر أولاً لانه احتمل عنده أن يكون الحوت مات بسبب وهورمى البحر به الى الساحل لان الميتة هو مات من تلقاء نفسه من غير سبب من خارج ولا خلا ففهم في هذا أيضاً سبب آخر وهو احتمال عودة الضمير في قوله تعالى (وطعامه مما عاكلم وللسيارة) أعني ان يعود على البحر أو على الصيد نفسه فن أعاده على البحر قال طعامه هو الطافي ومن أعاده على الصيد قال هو الذي أحل فقط من صيد البحر مع أن الكوفيين أيضاً عسكوا في ذلك بأثر ورده فيه تحريم الطافي من السمك وهو عندهم ضعيف

المسئلة الثانية ١٢ وكما اختلفوا في أنواع الميتات كذلك اختلفوا في أجزاء ما اتفقوا عليه وذلك انهم اتفقوا على ان اللحم من أجزاء الميتة ميتة واختلفوا في العظام والشعر فذهب الشافعي الى أن العظم والشعر ميتة وذهب أبو حنيفة الى انها ليسا بميتة وذهب مالك للفرق بين الشعر والعظم فقال ان العظم ميتة وليس الشعر ميتة . وسبب اختلافهم هو اختلافهم فيما ينطلق عليه اسم الحياة من أفعال الاعضاء فمن رأى ان النمو والتغذى هو من أفعال الحياة قال ان الشعر والعظام اذا قتدت النمو والتغذى فهي ميتة ومن رأى انه لا ينطلق اسم الحياة الا على الحس قال ان الشعر والعظام ليست بميتة لانه لا حس لها ومن فرق بينهما ما أوجب للعظام الحس ولم يوجب للشعر وفي حس العظام اختلاف والامر مختلف فيه بين الاطباء ومما يدل على أن التغذى والنمو ليساهما الحياة التي يطلق على عدمها اسم الميتة ان الجميع قد اتفقوا على أن ما قطع من البهيمة وهي حية انه ميتة نورود ذلك في الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام : ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة واتفقوا على أن الشعر اذا قطع من الحي أنه طاهر ولو اطلق اسم الميتة على من قتلت التغذى والنمو لقل في النبات المنفوع انه ميتة وذلك أن النبات فيه التغذى والنمو وللشافعي أن يقول ان التغذى الذي ينطلق على عدمه اسم الموت هو التغذى الموجود في الحساس .

المسئلة الثالثة ١٣ اختلفوا في الانتفاع بجلود الميتة فذهب قوم الى الانتفاع بجلودها

مطلقاً بدعت أو لم تدبغ وذهب قوم الى خلاف هذا وهو ألا ينتفع بها اصلاً وان دبغت وذهب قوم الى الفرق بين أن تدبغ وأن لا تدبغ ورأوا أن الدباغ مطهر لها وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة وعن مالك في ذلك روايتان ، احدهما مثل قول الشافعي ، والثانية أن الدباغ لا يطهرها ولكنهم استعمل في اليابسات والذين ذهبوا الى أن الدباغ مطهر اتفقوا على أنه مطهر لما تعمل فيه الذكاة من الحيوان أعنى المباح الاكل واختلفوا فيما لا تعمل فيه الذكاة فذهب الشافعي الى أنه مطهر لما تعمل فيه الذكاة فقط وأنه بدل منها في افادة الطهارة وذهب أبو حنيفة الى تأثير الدباغ في جميع ميتات الحيوان ما عدى الخنزير وقال داود تطهر حتى جلد الخنزير . وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ورد في حديث ميمونة اباحة الانتفاع بها مطلقاً وذلك ان فيه انه مر بميتة فقال عليه الصلاة والسلام : هلا انتفعتم بجلدها وفي حديث ابن عكيم منع الانتفاع بها مطلقاً وذلك ان فيه ان رسول الله صلى عليه وسلم كتب : ألا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب قال وذلك قبل موته بعام وفي بعضها الامر بالانتفاع بها بعد الدباغ والمنع قبل الدباغ والثالث في هذا الباب هو حديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال : اذا دبغ الاهاب فقد طهر فلم كان اختلاف هذه الآثار اختلف الناس في تأويلها فذهب قوم مذهب الجمع على حديث ابن عباس أعنى انهم فرقوا في الانتفاع بها بين المدبوغ وغير المدبوغ وذهب قوم مذهب السخ فأخذوا بحديث ابن عكيم لقوله فيه قبل موته بعام وذهب قوم مذهب الترجيح لحديث ميمونة ورأوا به تضمن زيادة على ما في حديث ابن عباس وان تحريم الانتفاع ليس يخرج من حديث ابن عباس قبل الدباغ لان الانتفاع غير الطهارة أعنى كل ظاهر ينتفع به وليس يلزم عكس هذا المعنى أعنى أن كل ما ينتفع به هو ظاهر .

المسئلة الرابعة ﴿ اتفق العلماء على أن دم الحيوان البري نجس . واختلفوا في دم السمك وكذلك اختلفوا في الدم القليل من دم الحيوان غير البحري فقال قوم دم السمك ظاهر وهو أحد قولي مالك ومذهب الشافعي . وقال قوم هو نجس على أصل الدماء وهو قول مالك في المدونة وكذلك قال قوم ان قليل الدماء معفو عنه . وقال قوم بل القليل منها والكثير حكمه واحد والاول عليه الجمهور . والسبب في اختلافهم في دم السمك هو اختلافهم في ميتته فمن جعل ميتته داخلة تحت عموم التحريم جعل دمه كذلك ومن أخرج ميتته أخرج دمه قياساً على الميتة وفي ذلك أثر ضعيف وهو قوله عليه الصلاة والسلام : أحلت لنا ميتتان ودمان الحراد والحوت والكبد والطحال وأما اختلافهم في كثير الدم وقليله فسيببه اختلافهم في القضاء بالميتة على المطلق أو بالمطلق على المقيد وذلك أنه ورد تحريم الدم مطلقاً في قوله تعالى

(حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير) وورد مقيد أنى قواه تعالى (قل لا أجد فيها أوحى الى محرما) الى قوله (أو دماً مسفوحاً أو لحم خنزير) فمن قضى بالمقيد على المطلق وهم الجمهور قال المسفوح هو النجس المحرم فقط ومن قضى بالمطلق على المقيد لان فيه زيادة قال المسفوح وهو الكثير وغير المسفوح وهو القليل كل ذلك حرام وأيد هذا بان كل ما هو نجس لعينه فلا يتبعض .

المسئلة الخامسة ١٢ اتفق العلماء على نجاسة بول ابن آدم ورجيعه الا بول الصبي الرضيع . واختلفوا فيما سواه من الحيوان فذهب الشافعي وأبو حنيفة الى انها كلها نجسة وذهب قوم الى طهارتها باطلاق أعنى فضلتى سائر الحيوان البول والرجيع . وقال قوم أبوالها وأرئامها تابعة للحوماها فان كان منها لحومها محرمة فأبوالها وأرئامها نجسة محرمة وما كان منها لحومها مأكولة فأبوالها وأرئامها طاهرة ما عدى التى تأكل النجاسة وما كان منها مكرها فأبوا لها وأرئامها مكرهه وبهذا قال مالك كما قال أبو حنيفة بذلك فى الأسارى . وسبب اختلافهم شيان ، أحدهما اختلافهم فى مفهوم الاباحة الواردة فى الصلاة فى مرابض الغنم وابعثه عليه الصلاة والسلام للعرنيين شرب أبوال الابل وألبانها وفى مفهوم النهى عن الصلاة فى أعطان الابل ، والسيب الثانى اختلافهم فى قياس سائر الحيوان فى ذلك على الانسان فن قاس سائر الحيوان على الانسان ورأى انه من باب قياس الاولى والاخرى ولم يفهم من اباحة الصلاة فى مرابض الغنم طهارة أرئامها وأبوالها جعل ذلك عبادة ومن فهم من النهى عن الصلاة فى أعطان الابل النجاسة وجعل اباحتها للعرنيين ابوال الابل لمكان المداواة على أصله فى إجازة ذلك قال كل رجيع وبول فهو نجس ومن فهم من حديث اباحة الصلاة فى مرابض الغنم طهارة أرئامها وأبوالها وكذلك من حديث العرنيين وجعل النهى عن الصلاة فى أعطان الابل عبادة أو لمعنى غير معنى النجاسة وكان الفرق عنده بين الانسان وبهيمة الانعام ان فضلتى الانسان مستقدرة بالطبع وفضلتى بهيمة الانعام ليست كذلك جعل الفضلات تابعة للحوما والله أعلم . ومن قاس على بهيمة الانعام غير ما جعل الفضلات كلها ما عدا فضلتى الانسان غير نجسة ولا محرمة والمسئلة محتملة ولولا انه لا يجوز إحداث قول لم يقدم اليه أحد فى المشهور وان كانت مسئلة فيها خلاف لقليل انما ينتج منها ويستتدرج بخلاف ما لا ينتج ولا يستتدرج وبخاصة ما كان منها رأتحتة حسنة لاتفاقهم على اباحة العنبر وهو عند أكثر الناس فضيلة من فضلات حيوان فى البحر وكذلك المسك وهو فضيلة دم الحيوان الذى يوجد المسك فيه فيما يذكر .

المسئلة السادسة { اختلف الناس في قليل النجاسات على ثلاثة أقوال فتقوم رأوا قليلاً وكثيراً سواء ومن قال بهذا القول الشافعي وقوم رأوا ان قليل النجاسات معفو عنه وحدوده بقدر الدرهم البعلى ومن قال بهذا القول أبو حنيفة وشذ محمد بن الحسن فقال ان كانت النجاسة ربع الثوب فما دونه جازت به الصلاة . وقال فريق ثالث قليل النجاسات وكثيرها سواء الا الدم على ما تقدم وهو مذهب مالك وعنه في دم الحيض واثنان والا شهر مسأوانه لسائر الدماء . وسبب اختلافهم في قياس قليل النجاسة على الرخصة الواردة في الاستجمار للعلم بان النجاسة هناك باقية فمن أجاز القياس على ذلك استجاز قليل النجاسة ولذلك حدوده بالدرهم قياساً على قدر المخرج ومن رأى ان تلك رخصة والرخص لا يقاس عليها منع ذلك . وأما سبب استثناء مالك من ذلك الدماء فقد تقدم وتفصيل مذهب أبي حنيفة ان النجاسات عنده تنقسم الى مغلظة ومخففة وان المغلظة هي التي يعفى منها عن قدر الدرهم والمخففة هي التي يعفى منها عن ربع اثوب والمخففة عندهم هي مثل أرواح الدواب وما لا تنفك منه الطرق عابداً وتقسيمهم اياها الى مغلظة ومخففة حسن جداً .

{ المسئلة السابعة { اختلفوا في المني هل هو نجس أم لا فذهب طائفة منهم مالك وأبو حنيفة الى انه نجس وذهب طائفة الى انه طاهر وهذا قال الشافعي واحمد وداود . وسبب اختلافهم فيه شيان ، أحدهم اضطراب الرواية في حديث عائشة وذلك في ان في بعضها كنت أغسل ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم من المني فيخرج الى الصلاة وان فيه لبقع الماء وفي بعضها كنت أفركه من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي بعضها فيصلى فيه خرج هذه الزيادة مسلم ، والسبب الثاني تردد المني بين أن يشبه بالاحداث الخارجة من البدن وبين أن يشبه بخروج الفضلات الطاهرة كالبول وغيره فمن جمع الاحاديث كلها بان حمل الغسل على باب النظافة واستدل من الفرك على الطهارة على أصله في أن الفرك لا يظهر نجاسة وقاسه على اللبن وغيره من الفضلات السريفة لم يرد نجساً ومن رجح حديث الغسل على الفرك وفهم منه النجاسة وكان بالأحداث عنده أشبه منه مما ليس بمحدث قال انه نجس وكذلك أيضاً من اعتقد أن النجاسة تزول بالفرك قال الفرك يدل على نجاسته كما يدل الغسل وهو مذهب أبي حنيفة وعلى هذا فلا حجة لاؤلتك في قولها فيصلى فيه بل فيه حجة لاى حنيفة في أن النجاسة تزال بغير الماء وهو خلاف قول المالكية .

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما المحال التي تزال عنها النجاسات فثلاثة ولا خلاف في ذلك، أحدها الإبدان، ثم الثياب، ثم المساجد ومواضع الصلاة. وإنما اتفق العلماء على هذه الثلاثة لأنها منطوق بها في الكتاب والسنة. أما الثياب ففي قوله تعالى (وثيابك فطهر) على مذهب من حملها على الحقيقة وفي الثابت من أمره عليه الصلاة والسلام بغسل الثوب من دم الحيض وصبه الماء على بول الصبي الذي بال عليه. وأما المساجد فلا أمره عليه الصلاة والسلام بصب ذنوب من ماء على بول الأعرابي الذي بال في المسجد وكذلك ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه أمر بغسل المذي من البدن وغسل النجاسات من المخرجين. واختلف الفقهاء هل يغسل الذكرك كله من المذي أم لا لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث علي المشهور وقد سئل عن المذي فقال: يغسل ذكره ويتوضأ. وسبب الخلاف فيه هو هل الواجب هو الأخذ بأوائل السماء أو بآخرها فمن رأى أنه بآخرها أعنى أكثر ما ينطلق عليه الاسم قال يغسل الذكرك كله ومن رأى الأخذ بأقل ما ينطلق عليه قال إنما يغسل موضع الذي فقط وقياساً على البول والمذي.

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما الشيء الذي به تزال فان المسلمين اتفقوا على أن الماء الطاهر المطهر يزيلها من هذه الثلاثة المحال، واتفقوا أيضاً على أن الحجارة تزيلها من المخرجين واختلفوا فيما سوى ذلك من المائعات والجامدات التي تزيلها فذهب قوم إلى أن ما كان طاهراً يزيل عين النجاسة مائعا كان أو جامداً في أي موضع كانت وبه قال أبو حنيفة وأصحابه. وقال قوم لا تزال النجاسة بماء سوى الماء إلا في الاستجمار فقط المتفق عليه وبه قال مالك والشافعي. واختلفوا أيضاً في إزالة النجاسة من الاستجمار بالعظم والروث فمنع ذلك قوم وأجازوه بغير ذلك مما يتقى واستثنى مالك من ذلك ما هو مطعوم وذو حرمة كالخنزير وقد قيل ذلك فيما في استعماله سرف كالذهب والياقوت وقوم قصروا الانتفاء على الأحجار فقط وهو مذهب أهل الظاهر وقوم أجازوا الاستنجاء بالعظم دون الروث وإن كان مكروهاً عندهم وشذ الطبري فأجاز الاستجمار بكل طاهر ونجس. وسبب اختلافهم في إزالة النجاسة بماء عدى الماء فيما عدى المخرجين هو هل المقصود بإزالة النجاسة بالماء هو اتلاف عينها فقط فيستوى في ذلك مع الماء كل ما يتلف عينها أم للماء في ذلك مزيد خصوص ليس لغير الماء فمن يظهر عنده للماء مزيد خصوص قال

بازالتهاب سائر المائعات والجامدات الطاهرة وأيده هذا المفهوم بالاتفاق على إزالته من
 المخرجين بغير الماء وبما ورد من حديث أم سلمة أنها قالت: إني امرأة أطيّل ذيلي وأمشي
 في المكان القذر فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: يطهره ما بعده وكذلك بالآثار التي
 خرجها أبو داود في هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام: إذا وطئ أحدكم الأرض فليطأ بها ثلثاً
 التراب له طهور إلى غير ذلك مما روي في هذا المعنى ومن رأى أن للماء في ذلك مزيد خصوص
 منع ذلك إلا في موضع الرخصة فقط وهو المخرجان ولما طالبت الحنفية الشافعية بذلك
 الخصوص الذي للماء لجئوا في ذلك إلى أنها عبادة إذ لم يقدرُوا أن يعطوا في ذلك سبباً
 معقولاً حتى أنهم سلموا أن الماء لا يزيل النجاسة بمعنى معقول وإنما زال الله بمعنى شرعي حكيم
 وطال الخطب والجدال بينهم هل إزاله النجاسة بالماء عبادة أو معنى معقول خلفاً عن سلف
 واضطرت الشافعية إلى أن تثبت أن في الماء قوة شرعية في رفع أحكام النجاسات ليست
 في غيره وإن استوى مع سائر الأشياء في إزاله العين وأن المقصود إنما هو إزاله ذلك الحكم
 الذي اختص به الماء لا ذهب عين النجاسة بل قدي ذهب العين ويبقى الحكم فباعدهوا
 المقصد وقد كانوا اتفقوا قبل مع الحنفيين أن طهارة النجاسة ليست طهارة حكمية أعني شرعية
 ولذلك لم تحتج إلى يسة ولوراموا الانفصال عنهم بأن يرى أن للماء قوة حاله للانجاس
 والادناس وقاعها من الثياب والأبدان ليست لغيره ولذلك اعتمده الناس في تنظيف الأبدان
 والثياب لكان قولاً جيداً أو غير بعيد بل لعلة واجب أن يعتقد أن الشرع إنما اعتقد في كل
 موضع غسل النجاسات بالماء لهذه الخاصية التي في الماء ولو كانوا قالوا هذا لكانوا قد قالوا
 ذلك قولاً هو داخل في مذهب الفقه الجاري على المعاني وإنما يلجأ الفقهاء إلى أن يقول عبادة
 إذا ضاق عليه المسالك مع الخصم فتأمل ذلك فإنه بين من أمرهم في أكثر المواضع. وأما اختلافهم
 في الروث فبسببه اختلافهم في المفهوم من النهي الوارد في ذلك عنه عليه الصلاة والسلام أعني
 أمره عليه الصلاة والسلام: أن لا يستنجي بعظم ولا روث فن دل عنده النهي على الفساد
 لم يحز ذلك ومن لم يرد ذلك إذا كانت النجاسة معنى معقولاً حمل ذلك على الكراهية ولم يعد إلى
 إبطال الاستنجاء بذلك ومن فرق بين العظام والروث فلا أن الروث نجس عنده.

﴿الباب الخامس﴾

وأما الصفة التي بها تزول فاتفق العلماء على أنها غسل ومسح ونضح لور ودذلك في الشرع
 وثبوتها في الآثار واتفقوا على أن الغسل عام لجميع أنواع النجاسات ولجميع محال النجاسات

وأن المسح بالاحجار يجوز في المخرجين ويجوز في الخفين وفي النعلين من العشب اليابس وكذلك ذيل المرأة الطويل اتفقوا على أن طهارته هي على ظاهر حديث أم سلمة من العشب اليابس واختلفوا من ذلك في ثلاثة مواضع هي أصول هذا الباب ، أحدها في النضح لأي نجاسة هو ، والثاني في المسح لأي محل هو ولا أي نجاسة هو بعد أن اتفقوا على ما ذكرناه ، والثالث اشتراط العدد في الغسل والمسح . أما النضح فإن قوما قالوا هذا خاص بأزالة البول الطفل الذي لم يأكل الطعام وقوم فرقوا بين بول الذكر في ذلك والانتى فقالوا ينضح بول الذكر ويغسل بول الانثى وقوم قالوا الغسل طهارة ما يتيقن بنجاسته والنضح طهارة ما شك فيه وهو مذهب مالك بن أنس رضي الله عنه * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الأحاديث في ذلك أعني اختلافهم في مفهومها وذلك أن هاتين حديثين ثابتين في النضح ، أحدهما حديث عائشة أن النبي عليه الصلاة والسلام : كان يؤتى بالصبيان فيمرك عليهم ويحنكهم فأتى بصبي فبال عليه فدعاه فأتبعه بوله ولم يغسله وفي بعض رواياته فنضجه ولم يغسله خرجه البخاري ، والآخر حديث أنس المشهور حين وصف صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيته قال : فقامت إلى حصير لنا قد اسود من طول ما لبس فنضجته بالماء فن الناس فن صار إلى العمل بمقتضى حديث عائشة وقال هذا خاص ببول الصبي واستناده من سائر البول ومن الناس من رجح الآثار الواردة في الغسل على هذا الحديث وهو مذهب مالك ولم ير النضح إلا الذي في حديث أنس وهو الثوب المشكوك فيه على ظاهر مفهومه . وأما الذي فرق في ذلك بين بول الذكر والانتى فإنه اعتمد على ما رواه أبوداود عن أبي السمع من قوله عليه الصلاة والسلام : يغسل بول الجارية ويرش بول الصبي وأما من لم يفرق قائما بعتد قياس الانتى على الذكر الذي ورد فيه الحديث الثابت . وأما المسح فإن قوما أجاز وفي أي محل كانت النجاسة إذا ذهب عينها على مذهب أبي حنيفة وكذلك الفرق على قياس من يرى أن كل ما زال العين فقد طهر وقوم لم يميزوه إلا في المتفق عليه وهو المخرج وفي ذيل المرأة وفي الخلف وذلك من العشب اليابس لا من الأذى غير اليابس وهو مذهب مالك وهو لا علم يعدوا المسح إلى غير المواضع التي جاءت في الشرع وأما الفرق الآخر فاتهم عدوه * والسبب في اختلافهم في ذلك هل ما ورد من ذلك رخصة أو حكم فن قال رخصة لم يعدوا إلى غيرها أعني لم يقس عليها ومن قال هو حكم من أحكام إزالة النجاسة كحكم الغسل عده . وأما اختلافهم في العدد فإن قوما اشتراطوا الاتقاء فقط في الغسل والمسح وقوم اشتراطوا العدد في الاستجمار وفي الغسل والذين اشتراطوه في الغسل منهم من اقتصر على المحل الذي ورد فيه العدد في الغسل بطريق السمع ومنهم من عده

إلى سائر النجاسات. وأما من لم يشترط العدد ولا في غسل ولا في مسح فمنهم مالك وأبو حنيفة وأما من اشترط في الاستجمار العدد أعنى ثلاثة أحجار لا أقل من ذلك فمنهم الشافعي وأهل الظاهر. وأما من اشترط العدد في الغسل واقتصر به على محله الذي ورد فيه وهو غسل الأثناء سبعاً من ولوغ الكعب الشافعي ومن قال بقوله. وأما من عداه واشترط السبع في غسل النجاسات فأغلب ظني أن أحمد بن حنبل منهم وأبو حنيفة يشترط الثلاثة في إزالة النجاسة الغير محسوسة العين أعنى الحكمية * وسبب اختلافهم في هذا تعارض المفهوم من هذه العبادة لظاهر اللفظ في الأحاديث التي ذكر فيها العدد وذلك أن من كان المفهوم عنده من الأمر بإزالة النجاسة إزالة عينها لم يشترط العدد أصلاً وجعل العدد الوارد من ذلك في الاستجمار في حديث سلمان الثابت الذي فيه الأمر ألا يستنجى بأقل من ثلاثة أحجار على سبيل الاستحباب حتى يجمع بين المفهوم من الشرع والمسموع من هذه الأحاديث وجعل العدد المشترط في غسل الأثناء من ولوغ الكعب عبادة لا نجاسة كما تقدم من مذهب مالك. وأما من صار إلى ظواهر هذه الآثار واستثناءها من المفهوم فاقصر بالعدد على هذه المحال التي ورد العدد فيها. وأما من رجح الظاهر على المفهوم فانه عدّى ذلك إلى سائر النجاسات. وأما حجة أبي حنيفة في الثلاثة فقوله عليه الصلاة والسلام: إذا استيقظ أحدكم من نومه فليغسل يده ثلاثاً قبل أن يدخلها في آثائه.

﴿الباب السادس﴾

وأما آداب الاستنجاء ودخول الخلاء فأكثرها محمولة عند الفقهاء على التندب وهي معلومة من السنة كالبعد في المذهب إذا أراد الحاجة وترك الكلام عليهم والنهي عن الاستنجاء باليمين وألا يمس ذكره بيمينه وغير ذلك مما ورد في الآثار وإنما اختلفوا من ذلك في مسألة واحدة مشهورة وهي استقبال القبلة للغائط والبول واستدبارها فان للعلماء فيها ثلاثة أقوال، قول أنه لا يجوز أن تستقبل القبلة للغائط ولا بول أصلاً ولا في موضع من المواضع، وقول أن ذلك يجوز باطلاق، وقول أنه يجوز في المباني والمدن ولا يجوز ذلك في الصحراء وفي غير المباني والمدن والسبب في اختلافهم هذا حديثان متعارضان ثابتان، أحدهما حديث أبي أيوب الأنصاري أنه قال عليه الصلاة والسلام: إذا أتيت الغائط فلا تستقبل القبلة ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا، والحديث الثاني حديث عبد الله بن عمر أنه قال ارتقيت على ظهر بيت أختي حفصة فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قاعداً الحاجة على لبنتين مستقبل الشام مستدبر القبلة

فذهب الناس في هذين الحدين ثلاثة مذاهب ، أحدها مذهب الجمع ، والثاني مذهب الترجيح ، والثالث مذهب الرجوع الى البراءة الاصلية اذا وقع التعارض وأعني بالبراءة الاصلية عدم الحكم فنذهب مذهب الجمع حمل حديث أبي أيوب الانصارى على الصجاري وحيث لاسترة وحمل حديث ابن عمر على السترة وهو مذهب مالك ومن ذهب بمذهب الترجيح رجح حديث أبي أيوب لانه اذا تعارض حديثان ، أحدهما فيه شرع موضوع ، والآخر موافق للاصل الذي هو عدم الحكم ولم يعلم المتقدم منهما من المتأخر وجب ان يصار الى الحديث المثبت للشرع لانه قد وجب العمل بنقله من طريق العدول وتركه الذي ورد أيضاً من طريق العدول يمكن أن يكون ذلك قبل شرع ذلك الحكم ويمكن أن يكون بعده فلم يجز ان نترك شرعاً وجب العمل به بظن لم تؤمر ان نوجب النسخ به الا لو نقل انه كان بعده فان الظنون التي تستند اليها الاحكام محدودة بالشرع أعني التي توجب رفعها أو إيجابها وليست هي أي ظن اتفق ولذلك ما يقولون ان العمل لم يجب بالظن وانما وجب بالاصل المقطوع به يريدون بذلك الشرع المقطوع به الذي أوجب العمل بذلك النفع من الظن وهذه الطريقة التي قلناها هي طريقة أبي محمد بن حزم الاندلسي وهي طريقة جيدة مبنية على أصول أهل الكلام الفقهي وهو راجع الى انه لا يرتفع بالشك ما ثبت بالدليل الشرعي . وأما من ذهب بمذهب الرجوع الى الاصل عند التعارض فهو مبني على ان الشك يسقط الحكم ويرفعه وانه كلاحكم وهو مذهب داود الظاهري ولكن خالفه أبو محمد بن حزم في هذا الاصل مع أنه من أصحابه (قال القاضي) فهذا هو الذي رأينا ان ثبتته في هذا الكتاب من المسائل التي ظننا انها تجري مجرى الاصول وهي التي نطق بها في الشرع أكثر ذلك أعني ان أكثرها يتعلق بالمنطوق به إما تعلقاً قريباً أو قريباً من القريب وان نذكر بالشئ من هذا الجنس ما ثبتناه في هذا الباب وأكثر ما عوات فيما نقلته من نسبة هذه المذاهب الى أربابها هو كتاب الاستذكار وأنا قد أبحث لمن وقع من ذلك على وهم لي ان يصلحه والله المعين والموفق .

﴿ كتاب الصلاة ﴾

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾ صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً . الصلاة تنقسم أولاً بالجملة الى فرض ونadb . والقول المحيط باصول هذه العبادة ينحصر بالجملة في أربعة أجناس أعني أربع جمل ، الجملة الاولى في معرفة الوجوب وما يتعلق به ، والجملة الثانية في معرفة شروط الثلاث أعني شروط الوجوب وشروط الصحة وشروط التمام والكمال ،

الجملة الثالثة في معرفة ما تشتمل عليه من أفعال وأقوال وهي الأركان الجملة الرابعة في قضايا
ومعرفة أصلاح ما يقع فيها من اخلال وجبر ولا نه قضاء ما إذا كان استدراكاً كما قال
الجملة الأولى { وهذه الجملة فيها أربع مسائل هي في معنى أصول هذا الباب المسئلة
الأولى في بيان وجوبها ، الثانية في بيان عدد الواجبات منها ، الثالثة في بيان على من يجب
الرابعة ما الواجب على من تركها متعمداً .
المسئلة الأولى { أما وجوبها فبين من الكتاب والسنة والاجماع وشهرة ذلك تفنى

عن تكلف القول فيه .

المسئلة الثانية { وأما عدد الواجب منها فقيه قولان ، أحدهما قول مالك والشافعي
والأكثر وهو أن الواجب هي الخمس صلوات فقط لا غير ، والثاني قول أبي حنيفة وأصحابه
وهو أن الواجب مع الخمس واختلافهم هل يسمى ما ثبت بالنسبة واجباً أو فرضاً لا معنى له
وسبب اختلافهم الأحاديث المتعارضة . أما الأحاديث التي مفهومها وجوب الخمس فقط بل
هي نص في ذلك مشهورة وثابتة ومن أئمتنا في ذلك ما ورد في حديث الاسراء المشهور أنه لما
بلغ الفرض إلى خمس قال له موسى ارجع إلى ربك فإن امتك لا تطيق ذلك قال فراجعته فقال
تعالى هي خمس وهي خمسون لا يبدل القول لدى وحديث الأعرابي المشهور الذي سأل النبي
عليه الصلاة والسلام عن الاسلام فقال له : خمس صلوات في اليوم والليلة قال هل على غير هذا
قال لا إلا أن تطوع . وأما الأحاديث التي مفهومها وجوب الوتر فمنها حديث عمرو بن شعيب
عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إن الله قد زادكم صلاة وهي الوتر
فحافظوا عليها وحديث حارثة بن حذافة قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال :
إن الله أمركم بصلاة هي خير لكم من حمر النعم وهي الوتر وجعلها لكم فيما بين صلاة العشاء إلى
طلوع الفجر وحديث بريدة الأسلمي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الوتر حق فمن لم يوتر
فليس منافقاً رأى أن الزيادة هي نسخ ولم تقع عنده هذه الأحاديث قوة تبلغ بها أن تكون
ناسخة لتلك الأحاديث الثابتة المشهورة رجع تلك الأحاديث وأيضاً فإنه ثبت من قوله تعالى
في حديث الاسراء إنه لا يبدل القول لدى وظاهره أنه لا يزداد فيها ولا ينقص منها وإن كان هو
في التقصان أظهر والخبر ليس يدخله النسخ ومن بلغت عنده قوة هذه الأخبار التي اقتضت
الزيادة على الخمس إلى رتبة توجب العمل أوجب المصير إلى هذه الزيادة لا سيما إن كان ممن
يرى أن الزيادة لا توجب نسخاً لكن ليس هذا من رأى أبي حنيفة .

المسئلة الثالثة { وأما على من يجب فعلى المسلم البالغ ولا خلاف في ذلك .

المسئلة الرابعة } وأما الواجب على من تركها عمداً وأمر بها فأبى أن يصليها الا جحوداً
لنقضها فان قوماً قالوا يقتل وقوماً قالوا يعزر ويحبس والذين قالوا يقتل منهم من أوجب قتله
كفر أو هو مذهب أحمد واستحاق وابن المبارك ومنهم من أوجهه حداً وهو مذهب مالك
والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأهل الظاهر ممن رأى حبسه وتعزيره حتى يصلي * والسبب في
هذا الاختلاف اختلاف الآثار وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال: لا يحل دم
امرئ مسلم الا باحدى ثلاث كفر بعد إيمان أو زنا بعد إحصان أو قتل نفس بغير نفس
وروى عنه عليه الصلاة والسلام من حديث يزيد انه قال: العهد الذي بيننا وبينهم الصلاة فمن
تركها فقد كفر وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: ليس بين العبد وبين الكفر
أو قال الشرك الا ترك الصلاة فمن فهم من الكفر هاهنا الكفر الحقيقي جعل هذا الحديث
كانه تفسير لقوله عليه الصلاة والسلام كفر بعد إيمان ومن فهم هاهنا التغليظ والتوبيخ أى
ان أفعاله افعال كافر وانه في صورة كافر كما قال: لا يزنى المؤمن حين يزنى وهو مؤمن ولا يسرق
السارق حين يسرق وهو مؤمن لم يرقته كفرًا. وأما من قال يقتل حداً فضعيف ولا مستند له
الاقياس شبه ضعيف ان أمكن وهو تشبيه الصلاة بالقتل في كون الصلاة رأس المأمورات
والقتل رأس المنهيات وعلى الجملة فاسم الكفر انما ينطلق بالحقيقة على التكذيب وتارك
الصلاة معلوم أنه ليس بمكذب الا أن يتركها معتقداً لتركها هكذا فنحن اذا بين أحد أمرين إما
ان أردنا ان فهم من الحديث الكفر الحقيقي يجب علينا أن نتأول انه أراد عليه الصلاة
والسلام من ترك الصلاة معتقداً لتركها فقد كفر وإما ان يحمل اسم الكفر على غير موضوعه
الاول وذلك على أحد معنيين إما على أن حكمه حكم الكافر أعني في القتل وسائر أحكام
الكفار وان لم يكن مكذباً وإما على أن أفعاله أفعال كافر على جهة التغليظ والردع له أى ان فاعل
هذا يشبه الكافر في الافعال اذ كان الكافر لا يصلي كما قال عليه الصلاة والسلام: لا يزنى
المؤمن حين يزنى وهو مؤمن وحمله على أن حكمه حكم الكافر في أحكامه لا يجب المصير اليه
الا بدليل لانه حكم لم يثبت بعد في الشرع من طريق يجب المصير اليه فقد يجب اذا لم يدل عندنا
على الكفر الحقيقي الذي هو التكذيب أن يدل على المعنى المجازى لا على معنى بوجوب حكما
لم يثبت بعد في الشرع بل يثبت ضده وهو انه لا يحل دمه اذ هو خارج عن الثلاث الذين نص
عليهم الشرع فتأمل هذا فانه بين والله أعلم أعني انه يجب علينا أحد أمرين إما ان نقدر في
الكلام محذوفان أردنا حمله على المعنى الشرعي المقهوم من اسم الكفر وإما أن نحمله على
المعنى المستعار وأما حمله على ان حكمه حكم الكافر في جميع أحكامه مع انه مؤمن فشيء

مفارق الاصول مع ان الحديث نص في حق من يجب قتله كفر أو حداً ولذلك صار هذا القول مضاهياً لقول من يكفر بالذنوب .

﴿ الجملة الثانية في الشروط ﴾ وهذه الجملة فيها ثمانية أبواب ، الباب الاول في معرفة الاوقات ، الثاني في معرفة الاذان والاقامة ، الثالث في معرفة القبلة ، الرابع في سائر العورة واللباس في الصلاة ، الخامس في اشتراط الطهارة من النجس في الصلاة ، السادس في تعيين المواضع التي يصلي فيها من المواضع التي لا يصلي فيها ، السابع في معرفة الشروط التي هي شروط في صحة الصلاة ، الثامن في معرفة النية وكيفية اشتراطها في الصلاة .

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب ينقسم أولاً الى فصلين ، الاول في معرفة الاوقات المأمور بها ، الثاني معرفة الاوقات المنهي عنها ،

﴿ الفصل الاول ﴾

وهذا الفصل ينقسم الى قسمين أيضاً ، القسم الاول في الاوقات الموسعة والمختارة ، والثاني في أوقات أهل الضرورة .

﴿ القسم الاول ﴾ من الفصل الاول من الباب الاول من الجملة الثانية والاصل في هذا الباب قوله تعالى (ان الصلاة كانت على المؤمنين كتاباً موقوتاً) اتفق المسلمون على ان للصلوات الخمس أوقافاً خمساً هي شرط في صحة الصلاة وان منها أوقات فضيلة وأوقات توسعة واختلاف في حدود أوقات التوسعة والفضيلة وفيه خمس مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اتفقوا على ان أول وقت الظهر الذي لا تجوز قبله هو الزوال الاخلاء شاذاً روى عن ابن عباس والاماروى من الخلاف في صلاة الجمعة على ما سبقت في واختلاف منها في موضعين في آخر وقتها الموسع وفي وقتها المرغب فيه . فاما آخر وقتها الموسع فقال مالك والشافعي وأبو ثور وداود وهو أن يكون ظل كل شئ مثله . وقال أبو حنيفة آخر الوقت أن يكون ظل كل شئ مثليه في إحدى الروايتين عنه وهو عنده أول وقت العصر وقد روى عنه ان آخر وقت الظهر هو المثل وأول وقت العصر المثلان وان ما بين المثل والمثلين ليس يصلح لصلاة الظهر . به قال صاحباه أبو يوسف ومحمد * وسبب الخلاف في ذلك اختلاف في الحديث وذلك انه ورد في إمامة جبريل انه صلى بالنبي صلى الله عليه وسلم الظهر في اليوم الاول حين زالت الشمس وفي اليوم الثاني حين كان ظل كل شئ مثله ثم قال الوقت ما بين هذين

وروى عنه قال صلى الله عليه وسلم: انما بقاؤكم فيما ساف قبلكم من الامم كما بين صلاة العصر الى غروب الشمس أوتى أهل التوراة التوراة فعملوا حتى اذا انتصف النهار ثم عجزوا فاعطوا قيراطاً قيراطاً ثم أوتى أهل الانجيل الانجيل فعملوا الى صلاة العصر ثم عجزوا فاعطوا قيراطاً قيراطاً ثم أوتينا القرآن فعملنا الى غروب الشمس فاعطينا قيراطين قيراطين فقال أهل الكتاب أى ربنا اعطيت هؤلاء قيراطين قيراطين وأعطيتنا قيراطاً قيراطاً ونحن كنا أكثر عملاً قال الله تعالى: هل ظلمتكم من أجركم من شئ قالوا لا قال فهو فضلى أوتيه من أشاء فذهب مالك والشافعى الى حديث إمامة جبريل وذهب أبو حنيفة الى مفهوم ظاهر هذا وهو انه اذا كان من العصر الى الغروب أقصر من أول الظهر الى العصر على مفهوم هذا الحديث فواجب أن يكون أول العصر أكثر من قامة وان يكون هذا هو آخر وقت الظهر . قال أبو محمد بن حزم وليس كما ظنوا وقد امتحنت الامر فوجدت القامة تنتهى من النهار الى تسع ساعات وكسر (قال القاضى) انا الشاك في الكسر وأظنه قال وثلاث . وحجة من قال بإبصال الوقتين أعنى اتصالاً لا بفصل غير منقسم قوله عليه الصلاة والسلام: لا يخرج وقت صلاة حتى يدخل وقت أخرى وهو حديث ثابت . وأما وقتها المرغب فيه والمختار فذهب مالك الى أنه للمنفرد أول الوقت ويستحب تأخيرها عن أول الوقت قليلاً في مساجد الجماعات . وقال الشافعى أول الوقت أفضل الا في شدة الحر وروى مثل ذلك عن مالك . وقالت طائفة أول الوقت أفضل باطلاق للمنفرد والجماعة وفي الحر والبرد وإنما اختلفوا في ذلك لاختلاف الاحاديث وذلك ان في ذلك حديثين ثابتين، أحدهما قوله عليه الصلاة والسلام: اذا اشتد الحر فأبردوا عن الصلاة فان شدة الحر من فيح جهنم، والثانى ان النبي عليه الصلاة والسلام: كان يصلى الظهر بالهاجرة وفي حديث حباب انهم شكوا اليه حر الرضاء فلم يشكهم خرجه مسلم . قال زهير راوى الحديث قالت لأبى اسحاق شيخه أفى الظهر قال نعم قلت أفى تعجيلها قال نعم فرجع قوم حديث البراد اذا هو نص وتأولوا هذه الاحاديث اذ ليست بنص وقوم رجحوا هذه الاحاديث لعموم ما روى من قوله عليه الصلاة والسلام وقد سئل أى الاعمال أفضل قال: الصلاة لا أول ميقاتها والحديث متفق عليه وهذه الزيادة فيه أعنى لأول ميقاتها مختلف فيها .

المسئلة الثانية ﴿﴾ اختلفوا من صلاة العصر في موضعين، أحدهما في اشتراك أول وقتها مع آخر وقت صلاة الظهر، والثانى في آخر وقتها . فاما اختلافهم في الاشتراك فانه اتفق مالك والشافعى وداود وجماعة على ان أول وقت العصر هو بعينه آخر وقت الظهر وذلك اذا صار ظل كل شئ مثله الا ان مالك يرى ان آخر وقت الظهر وأول وقت العصر هو وقت

مشارك للصلاة معاً أعني بتدريما يصلي فيه أربع ركعات . وأما الشافعي وأبو ثور وداود
فآخر وقت الظهر عندهم هو الآن الذي هو أول وقت العصر وهو زمان غير منتقم وقال أبو
حنيفة كيقلنا أول وقت العصر أن يصير ظل كل شيء مثليه وقد تقدم سبب اختلاف أبي
حنيفة معهم في ذلك . وأما سبب اختلاف مالك مع الشافعي ومن قال بقوله في هذه معارضة
حديث جبريل في هذا المعنى حديث عبد الله بن عمر وذلك أنه جاء في إمامة جبريل أنه صلى
بالنبي عليه الصلاة والسلام الظهر في اليوم الثاني في الوقت الذي صلى فيه العصر في اليوم
الأول وفي حديث ابن عمر أنه قال عليه الصلاة والسلام : وقت الظهر ما لم يحضر وقت العصر
خرجه مسلم فمن رجح حديث جبريل جعل الوقت مشتركاً ومن رجح حديث عبد الله لم
يجعل بينهما اشتراكاً وحديث جبريل أمكن أن يصرف إلى حديث عبد الله من حديث
عبد الله إلى حديث جبريل لأنه يحتمل أن يكون الراوي تجوز في ذلك لقرب ما بين الوقتين
وحديث إمامة جبريل صححه الترمذي وحديث ابن عمر خرجه مسلم . وأما اختلافهم في آخر
وقت العصر فعن مالك في ذلك روايتان : أحدهما أن آخر وقتها أن يصير ظل كل شيء مثليه
وبه قال الشافعي والثانية أن آخر وقتها ما لم تصفر الشمس . وهذا قول أحمد بن حنبل وقال أهل
الظاهر آخر وقتها قبل غروب الشمس بركعة . والسبب في اختلافهم أن في ذلك ثلاثة
أحاديث متعارضة الظاهر ، أحدها حديث عبد الله بن عمر خرجه مسلم وفيه : فإذا صليت
العصر فإنه وقت إلى أن تصفر الشمس وفي بعض رواياته وقت العصر ما لم تصفر الشمس ،
والثاني حديث ابن عباس في إمامة جبريل وفيه أنه : صلى به العصر في اليوم الثاني حين كان ظل
كل شيء مثليه ، والثالث حديث أبي هريرة المشهور : من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب
الشمس فقد أدرك العصر ومن أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك
الصبح فمن صار إلى ترجيح حديث إمامة جبريل جعل آخر وقتها المختار المشين ومن صار إلى
ترجيح حديث أبي هريرة قال وقت العصر إلى أن يبقى منها ركعة قبل غروب الشمس ونحو أهل
الظاهر كيقلنا . وأما جمهور فسلوكوا في حديث أبي هريرة وحديث ابن عمر مع حديث ابن
عباس إذ كان معارضاً لهما كل التعارض مساكاً لجمع لان حديثي ابن عباس وابن عمر
تتقارب الحد والمذكورة فيهما ولذلك قال مالك مرة بهذا مرة بذلك وأما الذي في حديث
أبي هريرة فبعيد منهما ومتفاوت فقالوا حديث أبي هريرة إنما خرج مخرج أهل الأعداء .
﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلفوا في المغرب هل لها وقت موسع كسائر الصلوات أم لا فذهب
إلى أن وقتها واحد غير موسع وهذا هو أشهر الروايات عن مالك وعن الشافعي وذهب قوم

الى أن وقفهما موسع وهو ما بين غروب الشمس الى غروب الشفق وبه قال أبو حنيفة واحمد وأبو ثور وداود وقد روى هذا القول عن مالك والشافعي * وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حديث امامة جبريل في ذلك لحديث عبد الله بن عمر وذلك ان في حديث امامة جبريل انه صلى المغرب في اليومين في وقت واحد وفي حديث عبد الله : ووقت صلاة المغرب ما لم يغيب الشفق فمن رجح حديث امامة جبريل جعل لها وقتاً واحداً ومن رجح حديث عبد الله جعل لها وقتاً موسعاً وحديث عبد الله خرجه مسلم ولم يخرج الشيخان حديث امامة جبريل أعني حديث ابن عباس الذي فيه انه صلى بالنبي عليه الصلاة والسلام عشر صلوات مفسرة الاوقات ثم قال له الوقت ما بين هذين والذي في حديث عبد الله من ذلك هو موجود أيضاً في حديث بريدة الاسلمي خرجه مسلم وهو أصل في هذا الباب قالوا وحديث بريدة أولى لانه كان بالمدينة عند سؤال السائل له عن أوقات الصلوات وحديث جبريل كان في اول الفرض بمكة .

المسئلة الرابعة ﴿﴾ اختلفوا من وقت العشاء الآخرة في موضعين ، أحدهما في أوله والثاني في آخره . أما أوله فذهب مالك والشافعي وجماعة الى انه مغيب الحمرة وذهب أبو حنيفة الى انه مغيب البياض الذي يكون بعد الحمرة * وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اشتراك اسم الشفق في لسان العرب فانه كما أن العجر في لسانهم فجران كذلك الشفق شفقان أحمر وأبيض ومغيب الشفق الأبيض يلزم أن يكون بعده من اول الليل إما بعد الفجر المستندق من آخر الليل أعني الفجر الكاذب وإما بعد الفجر الأبيض المستطير وتكون الحمرة نظيراً للحمرة فالطوالع إذا أربعة الفجر الكاذب والفجر الصادق والاحمر والشمس وكذلك يجب أن تكون القوارب ولذلك ما ذكر عن الخليل من انه رصد الشفق الأبيض فوجده يبقى الى ثلث الليل كذب بالقياس والتجربة وذلك انه لا خلاف بينهم انه قد ثبت في حديث بريدة وحديث امامة جبريل انه صلى العشاء في اليوم الاول حين غاب الشفق وقد رجح الجمهور مذهبهم بما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي العشاء عند مغيب القمر في الليلة الثانية ورجح أبو حنيفة مذهبه بما ورد في تأخير العشاء واستحباب تأخيره وقوله : لولا ان أشق على أمتي لأخرت هذه الصلاة الى نصف الليل . وأما آخر وقتها فاختلفوا فيه على ثلاثة أقوال ، قول انه ثلث الليل ، وقول انه نصف الليل ، وقول انه الى طلوع الفجر وبالاول أعني ثلث الليل قال الشافعي وأبو حنيفة وهو المشهور من مذهب مالك وروى عن مالك القول الثاني أعني نصف الليل وأما الثالث فقول داود * وسبب

الخلافاً في ذلك تعارض الآثار في حديث امامة جبريل انه صلاها بالنبي عليه الصلاة والسلام في اليوم الثاني ثلث الليل وفي حديث أنس انه قال: أخر النبي صلى الله عليه وسلم صلاة العشاء الى نصف الليل خرجه البخاري وروى أيضاً من حديث أبي سعيد الخدري وابي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال: لولا ان أشق على أمتي لأخرت العشاء الى نصف الليل وفي حديث أبي قتادة: ليس التفريط في النوم إنما التفريط أن تؤخر الصلاة حتى يدخل وقت الاخرى فمن ذهب مذهب الترجيح لحديث امامة جبريل قال ثلث الليل ومن ذهب مذهب الترجيح لحديث أس قال شطر الليل . وأما اهل الظاهر فاعتمدوا حديث أبي قتادة وقالوا هو عام وهو متأخر عن حديث امامة جبريل فهو ناسخ ولولم يكن ناسخا لكان تعارض الآثار يستقط حكماً فيجب أن يصار الى استصحاب حال الاجماع وقد اتفقوا على أن الوقت يخرج بعد طلوع الفجر . واختلفوا فيما قبل فانار وبناعن ابن عباس ان الوقت عنده الى طلوع الفجر فوجب أن يستصحب حكم الوقت الا حيث وقع الاتفاق على خروجه وأحسب ان به قال أبو حنيفة .

المسألة الخامسة : واتفقوا على أن اول وقت الصبح طلوع الفجر الضادق وآخره طلوع الشمس الا ما روى عن ابن القاسم وعن بعض أصحاب الشافعي من ان آخر وقتها الاسفار . واختلفوا في وقتها المختار فذهب الكوفيون وأبو حنيفة وأصحابه والثوري وأكثر العراقيين الى ان الاسفار بها أفضل . وذهب مالك والشافعي وأصحابه واحمد بن حنبل وابو ثور وداد الى ان التغليس بها أفضل * وسبب اختلافهم اختلافهم في طريقة جمع الاحاديث المختلفة الظواهر في ذلك وذلك انه ورد عنه عليه الصلاة والسلام من طريق رافع بن خديج انه قال: اسفر وابد الصبح فكما أسفرتم فهو أعظم للاجر وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال وقد سئل أي الاعمال أفضل قال: الصلاة لأول ميقاتها وثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه : كان يصلي الصبح فتصرف النساء متلعات بمروطهن ما يعرفن من الغلس وظاهر الحديث انه كان عمله في الاغلب فن قال ان حديث رافع خاص وقوله الصلاة لأول ميقاتها عام والمشهور ان الخاص يقضى على العام اذ هو استثنى من هذا العموم صلاة الصبح وجعل حديث عائشة محمولا على الجواز وانه إنما تضمن الخبر بوقوع ذلك منه لا بأنه كان ذلك غالب أحواله صلى الله عليه وسلم قال الاسفار أفضل من التغليس ومن رجح حديث العموم لموافقة حديث عائشة ولانه نص في ذلك أو ظاهر وحديث رافع بن خديج محتمل لانه يمكن أن يريد بذلك تبين الفجر وتحققه فلا يكون بينه وبين حديث عائشة ولا العموم الوارد في

ذلك تعارض قال أفضل الوقت أوله . وأما من ذهب إلى أن آخر وقتها الاسفار فانه تأول الحديث في ذلك انه لأهل الضرورات أعني قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس فقد أدرك الصبح وهذا شبيه بما فعله الجمهور في العصر والعجب اهتم عدلوا عن ذلك في هذا وافتوا أهل الظاهر ولذلك لأهل الظاهر أن يباطل بهم بالفرق بين ذلك .

﴿ القسم الثاني من الفصل الأول من الباب الأول ﴾

فأما أوقات الضرورة والعذر فاتبها كما قلنا فقهاء الامصار ونفاها أهل الظاهر وقد تقدم سبب اختلافهم في ذلك واختلف هؤلاء الذين أثبتوها في ثلاثة مواضع ، أحدها لأى الصلوات توجد هذه الاوقات ولأىها لا ، والثاني في حدود هذه الاوقات ، الثالث في من هم أهل العذر الذين رخص لهم في هذه الاوقات وفي أحكامهم في ذلك أعني من وجوب الصلاة ومن سقطها .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اتفق مالك والشافعي على أن هذا الوقت هو لأربع صلوات للظهر والعصر مشترك بينهما والمغرب والعشاء كذلك وإنما اختلفوا في جهة اشتراكهما على ماسيأتى بعدو خالفهم أبو حنيفة فقال ان هذا الوقت إنما هو للعصر فقط وانه ليس هاهما وقت مشترك * وسبب اختلافهم في ذلك هو اختلافهم في جواز الجمع بين الصلاتين في السفر في وقت احدهما على ماسيأتى بعد من تمسك بالنص الوارد في صلاه العصر أعني الثابت من قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من صلاة العصر قبل مغيب الشمس فقد أدرك العصر وفهم من هذا الرخصة ولم يحجز الاشتراك في الجمع لقوله عليه الصلاة والسلام : لا يفوت وقت صلاة حتى يدخل وقت الاخرى ولما سئل عن بعد في باب الجمع من جميع الفريقين قال انه لا يكون هذا الوقت الا لصلاة العصر فقط ومن أجاز الاشتراك في الجمع في السفر قاس عليه أهل الضرورات لان المسافر أيضا صاحب ضرورة وعذر فجعل هذا الوقت مشترك للظهر والعصر والمغرب والعشاء .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف مالك والشافعي في آخر الوقت المشترك لهما فقال مالك هو للظهر والعصر من بعد الزوال بمقدار أربع ركعات للظهر للحاضر وركعتان للمسافر الى أن يبقى للنهار مقدار أربع ركعات للحاضر أو ركعتين للمسافر فجعل الوقت الخاص للظهر إنما هو إمام مقدار أربع ركعات للحاضر بعد الزوال وإماركتان للمسافر وجعل الوقت الخاص

بأنصر إما أربع ركعات قبل المغيب للحاضر وإما اثنتان للمسافر أعني أنه من أدرك الوقت الخاص فقط لم تلزمه إلا الصلاة الخاصة بذلك الوقت ان كان ممن لم تلزمه الصلاة قبل ذلك الوقت ومن أدرك أكثر من ذلك أدرك الصلاتين معاً أو حكم ذلك الوقت وجعل آخر الوقت الخاص لصلاة العصر مقدار ركعة قبل الغروب وكذلك فعل في اشتراك المغرب والعشاء إلا ان الوقت الخاص مرة جعله للمغرب فقال هو مقدار ثلاث ركعات قبل أن يطلع الفجر ومرة جعله للصلاة الأخيرة كما فعل في العصر فقال هو مقدار أربع ركعات وهو التماس ويجعل آخر هذا الوقت مقدار ركعة قبل طلوع الفجر. وأما الشافعي فجعل حدوداً وأخر هذه الأوقات المشتركة حداً واحداً وهو أدراك ركعة قبل غروب الشمس وذلك للظهور والعصر معاً ومقدار ركعة أيضاً قبل انصداع الفجر وذلك للمغرب والعشاء معاً وقد قيل عنه بمقدار تكبيرة أعني أنه من أدرك تكبيرة قبل غروب الشمس فقد لزمته صلاة الظهر والعصر معاً وأما أبو حنيفة فوافق ما لكافي أن آخر وقت العصر مقدار ركعة لأهل الضرورات عندة قبل الغروب ولم يوافق في الاشتراك والاختصاص * وسبب اختلافهم أعني مالك والشافعي هل القول باشتراك الوقت للصلاتين معاً يقتضي أن لهما وقتين وقت خاص بهما ووقت مشترك أم أعما يقتضي أن لهما وقتاً مشتركاً فقط وحجة الشافعي أن الجمع انما دل على الاشتراك فقط لا على وقت خاص وأما مالك فقاس الاشتراك عنده في وقت الضرورة على الاشتراك عنده في وقت التوسعة أعني أنه لما كان لوقت الظهر والعصر الموسع وقتان وقت مشترك ووقت خاص وجب أن يكون الأمر كذلك في أوقات الضرورة والشافعي لا يوافق فيه على اشتراك الظهر والعصر في وقت التوسعة بخلافهما في هذه المسئلة انما ينبغي والله أعلم على اختلافهم في تلك الأولى فتأمل فانه بين والله أعلم.

المسئلة الثالثة * وأما هذه الأوقات أعني أوقات الضرورة فاتفقوا على أنها أربع للحائض تطهر في هذه الأوقات أو تحيض في هذه الأوقات وهي لم تصل والمسافر يذكر الصلاة في هذه الأوقات وهو حاضر أو الحاضر يذكرها فيها وهو مسافر والصبي يبلغ فيها والكافر يسلم. واختلفوا في المعنى عليه فقال مالك والشافعي هو كالحائض من أهل هذه الأوقات لا به لا يقضى عندهم الصلاة التي ذهب وقتها وعند أبي حنيفة أنه يقضى الصلاة فيها دون الخمس فإذا أفاق عنده من اغمائه متى ما أفاق قضى الصلاة وعند الآخر أنه إذا أفاق في أوقات الضرورة لزمت الصلاة التي أفاق في وقتها وإذا لم يبق فيها لم تلزمه الصلاة وستأتي مسألة المعنى عليه فيما بعد. واتفقوا على أن المرأة إذا طهرت في هذه الأوقات انما تجب عليها الصلاة

التي طهرت في وقتها فان طهرت عند مالك وقد بقي من النهار أربع ركعات لغروب الشمس الى ركعة فالعصر فقط لازمة لها وان بقي خمس ركعات فالصلواتان معاً وعند الشافعي ان بقي ركعة للغروب فالصلواتان معاً كما قلنا أو تكبيرة على القول الثاني له وكذلك الامر عند مالك في المسافر الناسي يحضر في هذه الاوقات أو الحاضر يسافر وكذلك الكافر يسلم في هذه الاوقات أعني انه تلزمهم الصلاة وكذلك الصبي يبلغ . والسبب في ان جعل مالك الركعة جزءاً لآخر الوقت وجعل الشافعي جزء الركعة حداً لمثل التكبيرة منها ان قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر هو عند مالك من باب التنبيه بالقل على الاكثر وعند الشافعي من باب التنبيه بالاكثر على الأقل وأيد هذا بما روى : من أدرك سجدة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر فانه فهم من السجدة هاهنا جزءاً من الركعة وذلك على قوله الذي قال فيه من أدرك منهم تكبيرة قبل الغروب أو الطلوع فقد أدرك الوقت ومالك يرى أن الحائض انما تعتد بهذا الوقت بعد انقراغ من طهرها وكذلك الصبي يبلغ . وأما الكافر يسلم فيعتدله بوقت الاسلام دون الفراغ من الطهر وفيه خلاف والمعنى عليه عند مالك كالحائض وعند عبد الملك كالكافر يسلم ومالك يرى أن الحائض اذا حاضت في هذه الاوقات وهي لم تصل بعد أن انقضت ساقط عنها والشافعي يرى أن القضاء واجب عليها وهو لا يزم لمن يرى أن الصلاة تجب بدخول أول الوقت لانها اذا حاضت وقد مضى من الوقت ما يمكن أن تقع فيه الصلاة فقد وجبت عليها الصلاة الا أن يقال ان الصلاة انما تجب بآخر الوقت وهو مذهب أبي حنيفة لا مذهب مالك فهذا كما ترى لازم لقول أبي حنيفة أعني جارية على أصوله لا على أصول قول مالك .

﴿ الفصل الثاني من الباب الاول في الاوقات المنهي عن الصلاة فيها ﴾

وهذه الاوقات اختلف العلماء منها في موضعين ، أحدهما في عددها ، والثاني في الصلوات التي يتعلق النهي عن فعلها فيها .

﴿ المسئلة الأولى ﴾ اتفق العلماء على أن ثلاثة من الاوقات منهي عن الصلاة فيها وهي وقت طلوع الشمس ووقت غروبها ومن لدن تصلى صلاة الصبح حتى تطلع الشمس واختلفوا في وقتين في وقت الزوال وفي الصلاة بعد العصر فذهب مالك وأصحابه الى أن الاوقات المنهي عنها هي أربعة الطلوع والغروب وبعد الصبح وأجاز الصلاة عند الزوال وذهب الشافعي الى ان هذه الاوقات الخمسة كلها منهي عنها الا وقت الزوال يوم

الجمعة فإنه أجزأ فيه الصلاة واستثنى قوم من ذلك الصلاة بعد العصر * وسبب الخلاف في ذلك أحد شيئين إما معارضة أثر لا نروى إماماً معارضة الأثر للعمل عند من راعى العمل أعنى عمل أهل المدينة وهو مالك بن أنس فحيث ورد النهي ولم يكن هناك معارض لا من قول ولا من عمل افتقر وعليه وحيث ورد المعارض اختلفوا . أما اختلافهم في وقت الزوال فلمعارضة العمل فيه إلا أثر وذلك أنه ثبت من حديث عتبة بن عامر الجهمي أنه قال: ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهانا أن نصلي فيها وإن شبر فيها موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل وحين تضيف الشمس للغروب خرجهم مسلم وحديث أبي عبد الله الصنابحي في معناه ولو يكنه منقطع خرجهم مالك في موطنه من الناس من ذهب إلى منع الصلاة في هذه الأوقات الثلاثة كلها . ومن الناس من استثنى من ذلك وقت الزوال إما باطلاً وهو مالك وإما في يوم الجمعة فقط وهو الشافعي . أما مالك فلأن العمل عنده بالمدينة لما وجده على الوقتين فقط ولم يحدده على الوقت الثالث أعنى الزوال أباح الصلاة فيه واعتقد أن ذلك النبي منسوخ بالعمل . وأما من لم ير العمل تأثيراً فبقى على أصله في المنع وقد تكمن في العمل وقوته في كتابنا في الكلام الفقهي وهو الذي يدعى باصول الفقه . وأما الشافعي فمالا صح عندهما روى ابن شهاب عن ثعلبة بن أبي مالك القرظي أنهم كانوا في زمن عمر بن الخطاب يصلون يوم الجمعة حتى يخرج عمر ومعلوم أن خروج عمر كان بعد الزوال على ما صح ذلك من حديث الطنفسة التي كانت تطرح إلى جدار المسجد الغربي فاذا غشى الطنفسة كلها ظل الجدار خرج عمر بن الخطاب مع مارواه أيضاً عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: نهى عن الصلاة نصف النهار حتى تزول الشمس الا يوم الجمعة استثنى من ذلك النهي يوم الجمعة وقوى هذا الأثر عنده العمل في أيام عمر بذلك وإن كان الأثر عنده ضعيفاً . وأما من رجح الأثر الثالث في ذلك فبقى على أصله في النهي . وأما اختلافهم في الصلاة بعد الصلاة العصر فسببه تعارض الآثار الثابتة في ذلك وذلك أن في ذلك حديثين متعارضين ، أحدهما حديث أبي هريرة المتفق على صحته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس وعن الصلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس ، والثاني حديث عائشة قالت: مات رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاتين في بيتي قط سراً ولا علانية ركعتين قبل التجزؤ ركعتين بعد العصر فمن رجح حديث أبي هريرة قال بالمنع ومن رجح حديث عائشة أو رآه ناسخاً لأنه العمل الذي مات عليه صلى الله عليه وسلم قال بالجواز وحديث أم سلمة يعارض حديث عائشة وفيه انه رأت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي

ركعتين بعد العصر فسأله عن ذلك فقال انه أتاني ناس من عبد التيس فشغلوني عن الركعتين
اللتين بعد الظهر وهما هاتان .

{ المسئلة الثانية } اختلف العلماء في الصلاة التي لا تجوز في هذه الاوقات فذهب أبو
حنيفة وأصحابه الى انها لا تجوز في هذه الاوقات صلاة باطلاق لا فريضة متضمنة ولا سنة ولا
نافلة الا عصر يومه قالوا فانه يجوز ان يقضيه عند غروب الشمس اذ انسيه . واتفق مالك
والشافعي انه يقتضى الصلوات المفروضة في هذه الاوقات . وذهب الشافعي الى ان الصلوات
التي لا تجوز في هذه الاوقات هي التوافل فقط التي تفعل لغير سبب وأن السن مثل صلاة
الجنائز لا تجوز في هذه الاوقات وواقفه مالك في ذلك بعد العصر وبعد الصبح أعني في السن
وخالفه في التي تفعل لسبب مثل ركعتي المسجد فان الشافعي يحجزها تين الركعتين بعد العصر
وبعد الصبح ولا يحجز ذلك مالك واختلف قول مالك في جواز السن عند الطلوع والغروب
وقال الثوري في الصلوات التي لا تجوز في هذه الاوقات هي ما عدا الفرض ولم يفرق سنة
من نفل فيتحصّل في ذلك ثلاثة أقوال ، قول هي الصلوات باطلاق ، وقول انها ما عدا
المفروض سبوا كانت سنة أو نفلا ، وقول انها النفل دون السن وعلى الرواية التي منع مالك فيها
صلاة الجنائز عند الغروب قول رابع وهو انها النفل فقط بعد الصبح والعصر والنفل والسنن
معاً عند الطلوع والغروب * وسبب الخلاف في ذلك اختلافهم في الجمع بين العمومات
المتعارضة في ذلك أعني الواردة في السنة وأى يخص بأى وذلك ان عموم قوله عليه الصلاة
والسلام: اذا سئ أحدكم الصلاة فليصلها اذا ذكرها يقتضى استغراق جميع الاوقات وقوله
في أحاديث النبي في هذه الاوقات: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فيها
يقتضى أيضاً عموم أجناس الصلوات أعني المفروضات والسنن والنوافل فتى حملنا الحديثين
على العموم في ذلك وقع بينهما تعارض هو من جنس التعارض الذي يقع بين العام والخاص إما
في الزمان وإما في اسم الصلاة فمن ذهب الى الاستثناء في الزمان أعني استثناء الخاص من
العام منع الصلوات باطلاق في تلك الساعات ومن ذهب الى استثناء الصلاة المفروضة
المنصوص عليها بالتقضاء من عموم اسم الصلاة المنهى عنها منع ما عدا الفرض في تلك
الاوقات وقد رجح مالك مذهبه من استثناء الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة بما
ورد من قوله عليه الصلاة والسلام: من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك
العصر ولذلك استثنى الكوفيون عصر اليوم من الصلوات المفروضة لكن قد كان يجب
عليهم أن يستثنوا من ذلك صلاة الصبح أيضاً للنص الوارد فيها ولا يردوا ذلك برأيهم من أن

المدرک لركعة قبل الطلوع يخرج للوقت المحظور والمدرک لركعة قبل الغروب يخرج للوقت المباح. وأما الكوفيون فلهم أن يقولوا إن هذا الحديث ليس يدل على استثناء الصلوات المفروضة من عموم اسم الصلاة التي تعلق النهي بها في تلك الاوقات لان عصر اليوم ليس في معنى سائر الصلوات المفروضة وكذلك كان لهم أن يقولوا في الصبح لو سلموا أنه يقتضى في الوقت المنهى عنه قذاً الخلاف بينهم آئل الى أن المستثنى الذي ورد به اللفظ هل هو من باب الخاص أريد به الخاص أو من باب الخاص أريد به العام وذلك أن من رأى أن المفهوم من ذلك هي صلاة العصر والصبح فقط المنصوص عليهما فهو عنده من باب الخاص أريد به الخاص ومن رأى أن المفهوم من ذلك ليس هو صلاة العصر فقط ولا الصبح بل جميع الصلوات المفروضة فهو عنده من باب الخاص أريد به العام وإذا كان ذلك كذلك فليس هاهنا دليل قاطع على أن الصلوات المفروضة هي المستثناة من اسم الصلاة القائمة كما أنه ليس هاهنا دليل أصلاً لا قاطع ولا غير قاطع على استثناء الزمان الخاص الوارد في أحاديث النهي من الزمان العام الوارد في أحاديث الأمر دون استثناء الصلاة الخاصة المنطوق بها في أحاديث الأمر من الصلاة العامة المنطوق بها في أحاديث النهي وهذا بين فانه اذا تعارض حديثان في كل واحد منهما عام وخاص لم يجب أن يصار الى تغليب أحدهما الا بدليل أعنى استثناء خاص هذا من عام ذاك أو خاص ذلك من عام هذا وذلك بين والله أعلم .

﴿ الباب الثاني في معرفة الأذان والاقامة ﴾

هذا الباب ينقسم أيضاً الى فصلين ، الأول في الأذان ، والثاني في الاقامة .

﴿ الفصل الاول ﴾

هذا الفصل ينحصر فيه الكلام في خمسة أقسام ، الأول في صفته ، الثاني في حكمه ، الثالث في وقته ، الرابع في شروطه ، الخامس فيما يقوله السامع له .

﴿ القسم الاول من الفصل الأول من الباب الثاني في صفة الأذان ﴾

اختلف العلماء في الاذان على أربع صفات مشهورة . إحداها ثنية التكبير فيه وترجيع الشهادتين وباقيه مثني وهو مذهب أهل المدينة مالك وغيره . واختار المتأخرون من أصحاب مالك الترجيع وهو أن يثنى الشهادتين أو لا تخفيا ثم يثنيهما مرة ثانية مرفوع الصوت ، والصفة الثانية أذان المكين وبه قال الشافعي وهو ترجيع التكبير الأول والشهادتين وثنية

باقى الاذان ، والصفة الثالثة أذان الكوفيين وهو تربيع التكبير الاول وثنية باقى الاذان وبه قال أبو حنيفة ، والصفة الرابعة أذان البصريين وهو تربيع التكبير الاول وتثليث الشهادتين وحى على الصلاة وحى على الفلاح يبدأ بأشهد أن لا اله الا الله حتى يصلح على الفلاح ثم يعيد كذلك مرة ثانية أعنى الاربع كلمات سبعة ثم يعيدهن ثالثة وبه قال الحسن البصرى وابن سيرين * والسبب فى اختلاف كل واحد من هؤلاء الاربع فرق اختلاف الآثار فى ذلك واختلاف اتصال العمل عند كل واحد منهم وذلك ان المدنيين يحتاجون لمذهبهم بالعمل المتصل بذلك فى المدينة والمكيون كذلك أيضاً يحتاجون بالعمل المتصل عندهم بذلك وكذلك الكوفيون والبصريون ولكل واحد منهم آثار تشهد لقوله . أما ثنية التكبير فى أوله على مذهب أهل الحجاز فروى من طرق صحاح عن أبى مخذورة وعبد الله بن زيد البصرى وربيعة أيضاً مروى عن أبى مخذورة من طرق أخر . وعن عبد الله بن زيد قال الشافعى وهى زيادات يجب قبولها مع اتصال العمل بذلك بمكة . وأما الترجيع الذى اختار المتأخرون من أصحاب مالك فروى من طريق أبى قدامة قال أبو عمرو وأبو قدامة عندهم ضعيف . وأما الكوفيون فحديث أبى ليلي وفيه أن عبد الله بن زيد رأى فى المنام رجلاً قام على خرم حائط وعليه بردان أخضران فأذن مثني وأقام مثني وأنه أخصر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام بلال فأذن مثني وأقام مثني والذي خرجه البخارى فى هذا الباب إنما هو من حديث أنس فقط وهو أن بلالاً أمر أن يشفع الاذان ويوتر الإقامة الا قد قامت الصلاة فانه يثنىها وخرج مسلم عن أبى مخذورة على صفة أذان الحجازيين ولمكان هذا التعارض الذى ورد فى الاذان رأى أحمد بن حنبل وداودان هذه الصفات المختلفة إنما وردت على التخيير لا على الإيجاب واحدة منها وأن الانسان مخير فيها واختلفوا فى قول المؤذن فى صلاة الصبح الصلاة خير من النوم هل يقال فيها أم لا فذهب الجمهور الى أنه يقال ذلك فيها وقال آخرون انه لا يقال لانه ليس من الاذان المستنون وبه قال الشافعى * وسبب اختلافهم اختلافهم هل قيل ذلك فى زمان النبي صلى الله عليه وسلم أو انما قيل فى زمان عمر .

﴿ القسم الثانى من الفصل الاول من الباب الثانى ﴾

اختلف العلماء فى حكم الاذان هل هو واجب أو سنة مؤكدة وان كان واجباً فهل هو من فروض الأعيان أو من فروض الكفاية ف قيل عن مالك ان الاذان هو فرض على مساجد الجماعات وقيل سنة مؤكدة ولم يره على المنفرد لا فرضاً ولا سنة . وقال بعض أهل الظاهر

هو واجب على الأعيان . وقال بعضهم على الجماعة كانت في سفر أو في حضر . وقال بعضهم في السفر واتفق الشافعي وأبو حنيفة على أنه سنة للمنفرد والجماعة إلا أنه أكد في حق الجماعة قال أبو عمر واتفق الكل على أنه سنة مؤكدة أو فرض على المصنعي لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا سمع النداء لم يغر وإذا لم يسمعه أغار * والسبب في اختلافهم معارضة المقيوم من ذلك لظواهر الآثار وذلك أنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لما لك ابن الحويرث ولصاحبه: إذا كنتما في سفر فأذنا وأقيا وليؤمكما أكبركما وكذلك ما روى من اتصال عمله به صلى الله عليه وسلم في الجماعات فمن فهم من هذا الوجوب مطلقاً قال إنه فرض على الأعيان أو على الجماعة وهو الذي يحكاها ابن المغلس عن دارود ومن فهم منه الدعاء إلى الاجتماع للصلاة قال أنه سنة المساجد أو فرض في المواضع التي يجتمع إليها الجماعة فبسبب الخلاف هو رده بين أن يكون قولاً من أقاويل الصلاة المختصة بها أو يكون المقصود به هو الاجتماع .

﴿ القسم الثالث من الفصل الأول ﴾

وأما وقت الأذان فاتفق الجميع على أنه لا يؤذن للصلاة قبل وقتها ماعدا الصبح فانهم اختلفوا فيها فذهب مالك والشافعي إلى أنه يجوز أن يؤذن لها قبل الفجر ومنع ذلك أبو حنيفة وقال قوم لا بد للصبح إذا أذن لها قبل الفجر من أذان بعد الفجر لأن الواجب عندهم هو الأذان بعد الفجر . وقال أبو محمد بن حزم لا بد لها من أذان بعد الوقت وإن أذن قبل الوقت جاز إذا كان بينهما زمان يسير قدر ما يهبط الأول ويصعد الثاني . والسبب في اختلافهم أنه ورد في ذلك حديثان متعارضان ، أحدهما الحديث المشهور الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام: إن بلالاً ينادي بليل فكلوا واشربوا حتى ينادي ابن أم مكتوم . وكان ابن أم مكتوم رجلاً أعمى لا ينادي حتى يقال له أصبحت أصبحت والثاني ما روى عن ابن عمر أن بلالاً أذن قبل طلوع الفجر فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يرجع فينادي ألا إن العبد قد نام وحديث الحجازيين أثبت وحديث الكوفيين أيضاً أخرجه أبو داود وصححه كثير من أهل العلم فذهب الناس في هذين الحديثين إما مذهب الجمع وإما مذهب الترجيح فأما من ذهب مذهب الترجيح فالحجازيون فانهم قالوا حديث بلال أثبت والمصير إليه أوجب وأما من ذهب مذهب الجمع فالكوفيون وذلك أنهم قالوا لا يحتمل أن يكون نداء بلال في وقت يشك فيه في طلوع الفجر لانه كان في بصره ضعف ويكون نداء ابن أم مكتوم في وقت يتيقن فيه طلوع

العجرو يدل على ذلك ما روى عن عائشة أنها قالت لم يكن بين أذانهما الا تقدر ما يهبط هذا ويصعد هذا وأما من قال انه يجمع بينهما أعني أن يؤذن قبل الفجر وبعده فعلى ظاهر ما روى من ذلك في صلاة الصبح خاصة أعني انه كان يؤذن لها في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مؤذنان بلال وابن أم مكتوم .

﴿ القسم الرابع من الفصل الاول في الشروط ﴾

وفي هذا القسم مسائل ثمانية ، احداها هل من شروط من أذن أن يكون هو الذي يقيم أم لا ، والثانية هل من شروط الاذان أن لا يتكلم في آتائه أم لا ، والثالثة هل من شروطه أن يكون على طهارة أم لا ، والرابعة هل من شروطه أن يكون متوجهاً الى القبلة أم لا ، والخامسة هل من شروطه أن يكون قائماً أم لا ، والسادسة هل يكره أذان الركب أم ليس يكره ، والسابعة هل من شروطه البلوغ أم لا ، والثامنة هل من شروطه ألا يأخذ على الاذان أجراً أم يجوز له أن يأخذه . فأما اختلافهم في الرجلين يؤذن أحدهما وقيم الآخر فأكثر فقهاء الامصار على اجازة ذلك وذهب بعضهم الى أن ذلك لا يجوز * والسبب في ذلك أنه ورد في هذا حديثان متعارضان ، أحدهما حديث الصدائي قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كان أو ان الصبح أمرني فأذنت ثم قام الى الصلاة فجاء بلال ليقم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان أخاصد الأذن ومن أذن فهو يقيم والحديث الثاني ما روى ان عبد الله بن زيد حين أرى الاذان أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالاً فأذن ثم أمر عبد الله فأقام فن ذهب مذهب النسخ قال حديث عبد الله بن زيد المتقدم وحديث الصدائي متأخرو من ذهب مذهب الترجيح قال حديث عبد الله بن زيد أثبت لان حديث الصدائي انفرد به عبد الرحمن بن زياد الافريقى وليس بحجة عندهم . وأما اختلافهم في الاجرة على الاذان فلم كان اختلافهم في تصحيح الخبر الوارد في ذلك أعني لحديث عثمان بن ابي العاص وفيه انه قال من آخر ما عهد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اتخذ مؤذناً لا يأخذ على اذانه أجر أو من منعه قاس الاذان في ذلك على الصلاة . وأما سائر الشروط الأخر فسبب الخلاف فيها هو قياسها على الصلاة فمن قاسها على الصلاة أوجب تلك الشروط الموجودة في الصلاة ومن لم يقسها لم يوجب ذلك . قال ابو عمر بن عبد البر قدروا بيتا عن أبي وائل بن حجر قال حق سنة مستنونة ألا يؤذن الا وهو قائم ولا يؤذن الا على طهر قال ابو وائل هو من الصحابة ، وقوله سنة يدخل في المسند وهو اولى من القياس (قال القاضي) وقد خرج الترمذى عن ابى هريرة انه عليه

الصلاة والسلام قال لا يؤذن الامتوضي .

﴿ القسم الخامس ﴾

اختلف العلماء فيما يقوله السامع للمؤذن فذهب قوم الى انه يقول ما يقول المؤذن كلمة بكلمة الى آخر النداء وذهب آخرون الى أنه يقول مثل ما يقول المؤذن الا اذا قال حي على الصلاة حي على الفلاح فانه يقول لا حول ولا قوة الا بالله * والسبب في الاختلاف في ذلك تعارض الآثار وذلك انه قد روى من حديث أبي سعيد الخدري أنه عليه الصلاة والسلام قال: اذا سمعتم المؤذن فتولوا مثل ما يقول . وجاء من طريق عمر بن الخطاب وحديث معاوية أن السامع يقول عند حي على الصلاة حي على الفلاح: لا حول ولا قوة الا بالله فمن ذهب مذهب الترجيح أخذ بعموم حديث أبي سعيد الخدري ومن نى العام في ذلك على الخاص جمع بين الحديثين وهو مذهب مالك بن أنس .

﴿ الفصل الثاني ﴾

(من الباب الثاني من الجملة الثانية في الاقامة)

اختلفوا في الاقامة في موضعين في حكمها وفي صفتها . أما حكمها فانها عند فقهاء الامصار في حق الأعيان والجماعات سنة مؤكدة أكثر من الاذان وهي عند أهل الظاهر فرض ولا أدري هل هي فرض عندهم على الاطلاق أو فرض من فروض الصلاة والفرق بينهما ان على القول الاول لا تبطل الصلاة بتركها وعلى الثاني تبطل . وقال ابن كنانة من أصحاب مالك من تركها عامداً بطلت صلاته . وسبب هذا الاختلاف اختلاف فهم هل هي من الافعال التي وردت بها تأجيل الامر بالصلاة فيحمل على الوجوب لقوله عليه الصلاة والسلام: صلوا كما رأيتموني أصلي أم هي من الافعال التي تحمل على الندب وظاهر حديث مالك بن الحويرث يوجب كونها فرضاً إما في الجماعة وإما على المنفرد . وأما صفة الاقامة فانها عند مالك والشافعي أما التكبير الذي في أولها فمثنى وأما ما بعد ذلك فمرة واحدة الا قوله قد قامت الصلاة فانها عند مالك مرة واحدة وعند الشافعي مرتين . وأما الحنفية فان الاقامة عندهم مثنى مثنى وخير أحمد بن حنبل بين الافراد والتثنية على رأييه في التخيير في النداء * وسبب الاختلاف تعارض حديث أنس في هذا المعنى وحديث أبي ليلى المتقدم وذلك أن في حديث أسس الثابت: أمر

بإلّا أن يشفع الأذان ويفرد الإقامة الاقدامت الصلاة . وفي حديث أبي ليلى أنه عليه الصلاة والسلام: أمر بإلّا فأذن منى وأقام منى . والجمهور أنه ليس على النساء أذان ولا إقامة . وقال مالك إن أمّن فحسن وقال الشافعي إن أذن وأمّن فحسن وقال اسحاق إن عليهنّ الأذان والإقامة . وروى عن عائشة أنها كانت تؤذن وتقيم فيما ذكره ابن المنذر والخلاف آيل الى هل تؤم المرأة أولا تؤم وقيل الاصل انها في معنى الرجل في كل عبادة الا أن يقوم الدليل على تخصيصها أم في بعضها كذا وفي بعضها يطالب الدليل .

﴿ الباب الثالث من الجملة الثانية في القبلة ﴾

اتفق المسلمون على أن التوجه نحو البيت شرط من شروط صحة الصلاة لقوله تعالى (ومن حيث خرجت فولّ وجهك شطر المسجد الحرام) . أما إذا أبصر البيت فالعرض عندهم هو التوجه الى عين البيت ولا خلاف في ذلك وأما إذا غابت الكعبة عن الأبصار فاختلفوا من ذلك في موضعين ، أحدهما هل العرض هو العين أو الجهة ، والثاني هل فرضه الاصابة أو الاجتهاد أعنى اصابة الجهة أو العين عندهم أو يجب العين فذهب قوم الى أن العرض هو العين وذهب آخرون الى أنه الجهة * والسبب في اختلافهم هل في قوله تعالى (فولّ وجهك شطر المسجد الحرام) محذوف حتى يكون تقديره (١) ومن حيث خرجت فولّ وجهك شطر المسجد الحرام أم ليس ها هنا محذوف أصلاً وإن الكلام على حقيقة فمن قدر هنالك محذوفاً قال الفرض الجهة ومن لم يقدّر هنالك محذوفاً قال العرض العين والواجب حمل الكلام على الحقيقة حتى يدل الدليل على حمليه على الحجاز وقد يقال إن الدليل على تقدير هذا المحذوف قوله عليه الصلاة والسلام : ما بين المشرق والمغرب قبلة إذا توجه نحو البيت قالوا واتفق المسلمون على الصف الطويل خارج الكعبة يدل على أن العرض ليس هو العين أعنى إذا لم تكن الكعبة مبصرة . والذي أقول أنه لو كان واجباً قصد العين لكان حرجاً وقد قال تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) فإن اصابة العين شيء لا يدرك الا بتقريب وتسامح بطريق الهندسة واستعمال الارصاد في ذلك فكيف بغير ذلك من طرق الاجتهاد ونحن لم نكلف الاجتهاد فيه بطريق الهندسة المبنى على الارصاد المستنبط منها طول البلاد وعرضها .

﴿ واما المسئلة الثانية ﴾ فهي هل فرض المجتهد في القبلة الاصابة أو الاجتهاد فقط حتى يكون إذا قلنا أن فرضه الاصابة متى تبين له أنه أخطأ أعاد الصلاة ومتى قلنا أن فرضه الاجتهاد لم يجب أن يعيد إذا تبين له أن أخطأ وقد كان صلى قبل باجتهاده . أما الشافعي فزعم أن فرضه

(١) المحذوف المراد تقديره في الآية ساقط من السج التي يأديا ولم تنف على تقديره في مكانه من الكتب

الاصابة وانه اذا تبين له انه اخطأ أعاد أبداً وقال قوم لا يعيد وقد مضت صلاته ما لم يعتمد أو
 صلى بغير اجتهاد وبه قال مالك وابو حنيفة الا ان مالكاً استحب له الاعادة في الوقت * وسبب
 الخلاف في ذلك معارضة الأثر للقياس مع الاختلاف ايضاً في تصحيح الأثر الوارد في
 ذلك . أما القياس فهو تشبيه الجهة بالوقت اعني بوقت الصلاة وذلك انهم اجمعوا على ان القرض
 فيه هو الاصابة وانه ان انكشف للمكف انه صلى قبل الوقت اعاد أبداً الا خلافاً شاذاً في ذلك
 عن ابن عباس وعن الشعبي وماروى عن مالك بن ان المسافر اذا جهل فصلى العشاء قبل
 غيوبة الشفق ثم انكشف له انه صلاه قبل غيوبة الشفق انه قدم مضت صلاته . ووجه
 الشبه بينهما ان هذاميتات وقت وهذاميتات جهة واما الأثر فحديث عامر بن ربيعة قال : كنا
 مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليلة ظلماء في سفر فخفيت علينا القبلة فصلى كل واحد منا
 الى وجهه وعلمنا فلما أصبحنا فاذا نحن قد صلينا الى غير القبلة فساءلنا رسول الله صلى الله عليه
 وسلم فقال مضت صلاتكم ونزلت (والله المشرق والمغرب فايتوا لواقم وجهه الله) وعلى هذا
 فتكون هذه الآية محكمة وتكون فمن صلى فانكشف له انه صلى لغير القبلة والجمهور على انها
 منسوخة بقوله تعالى (ومن حيث خرجت فول وجهك شطر المسجد الحرام) فن لم يصح
 عنده هذا الأثر قاس ميقات الجهة على ميقات الزمان ومن ذهب مذهب الأثر لم يطل صلاته .
 وفي هذا الباب مسألة مشهورة وهي جواز الصلاة في داخل الكعبة وقد اختلفوا في ذلك فمنهم
 من منعه على الاطلاق ومنهم من أجاز على الاطلاق ومنهم من فرق بين الثفل في ذلك
 والقرض * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك والاحتمال المتطرق لمن
 استقبل أحد حيطانها من داخل هل يسمى مستقبلاً للبيت كما يسمى من استقبله
 من خارج أم لا . أما الأثر فانه ورد في ذلك حديثان متعارضان كلاهما ثابت : أحدهما
 حديث ابن عباس قال : لما دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيت دعاني نواحيه
 كلها ولم يصل حتى خرج فلما خرج ركع ركعتين في قبل الكعبة وقال هذه القبلة ، والثاني
 حديث عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة وهو وأسامة بن زيد
 وعثمان بن طلحة وبلال بن رباح فأغلقها عليه ومكث فيها فسألت بلالاً حين خرج ماذا صنع
 رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : جعل عموداً عن يساره وعموداً عن يمينه وثلاثة أعمدة
 وراءه ثم صلى في ذهب مذهب الترجيح أو النسخ قال إما يمنع الصلاة مطلة ان رجح حديث
 ابن عباس وإما يجازيها مطلة ان رجح حديث ابن عمر ومن ذهب مذهب الجمع بينهما حمل
 حديث ابن عباس على القرض وحديث ابن عمر على الثفل والجمع بينهما فيه عسrfان الركعتين
 اللتين صلاههما عليه الصلاة والسلام خارج الكعبة وقال هذه القبلة هي ثفل ومن ذهب مذهب

سقوط الأثر عند التعارض فإن كان ممن يقول باستصحاب حكم الاجتماع والاتفاق لم يحز الصلاة داخل البيت أصلاً وإن كان ممن لا يرى استصحاب حكم الاجتماع عاد النظر في انطلاق اسم المستقبل للبيت على من صلى داخل الكعبة فمن جوزه أجاز الصلاة ومن لم يجزه وهو الأظهر لم يحز الصلاة في البيت . واتفق العلماء بأن جمعهم على استحباب السترة بين المصلي والقبلة إذا صلى منفرداً كان أو اماماً وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام : إذا وضع أحدكم بين يديه مثل مؤخرة الرحل فليصل واختلفوا في الخط إذا لم يجد سترة فقال الجمهور ليس عليه أن يخط وقال أحمد بن حنبل يخط خطأ بين يديه * وسبب اختلافهم في تصحيح الأثر الوارد في الخط والأثر رواه أبو هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال : إذا صلى أحدكم فليجعل تلقاء وجهه شيئاً فلم يكن فلينصب عصا فإن لم تكن معه عصا فليخط خطأ ولا يضره من مر بين يديه خرجه أبو داود وكان أحمد بن حنبل يصححه والشافعي لا يصححه وقد روى أنه صلى الله عليه وسلم صلى لغير سترة والحديث الثابت أنه كان يخرج إلى العنزة فبهذه جملة أقواله في الباب وهي أربع مسائل .

﴿ الباب الرابع من الجملة الثانية ﴾

هذا الباب ينقسم إلى فصلين ، أحدهما في ستر العورة ، والثاني فيما يحزى من اللباس في الصلاة .

﴿ الفصل الأول ﴾

اتفق العلماء على أن ستر العورة فرض بإطلاق واختلفوا هل هو شرط من شروط صحة الصلاة أم لا وكذلك اختلفوا في حد العورة من الرجل والمرأة وظاهر مذهب مالك أنها من سنن الصلاة ومذهب أبو حنيفة والشافعي إلى أنها من فروض الصلاة * وسبب الخلاف في ذلك تعارض الآثار واختلافهم في مفهوم قوله تعالى (يا بني آدم خذوا زينتكم عند كل مسجد) هل الأمر بذلك على الوجوب أو على الندب فمن حمله على الوجوب قال المراد به ستر العورة واحتج لذلك بأن سبب نزول هذه الآية كان أن المرأة كانت تطوف بالبيت عريانة وتقول :

اليوم يبدو بعضه أو كله * وما بدامته فلا أحله

فنزلت هذه الآية وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ألا يمشي بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان ومن حمله على الندب قال المراد بذلك الزينة الظاهرة من الرداء وغير ذلك من الملابس التي هي زينة واحتج لذلك بما جاء في الحديث من أنه كان رجال يصلون مع النبي

عليه الصلاة والسلام أقدى أزرهم على أعناقهم كهيئة الصبيان ويقال للنساء لا ترفعن رقوسكن حتى يستوى الرجال جلوسا قالوا ولذلك من لم يجد ما به يستتر ورته لم يختلف في أنه يصلي واختلف فبين عدم الطهارة هل يصلي أم لا يصلي .

٢٠ وأما المسئلة الثانية : وهو حد العورة من الرجل فذهب مالك والشافعي الى ان حد العورة منه ما بين السرة الى الركبة وكذلك قال أبو حنيفة وقال قوم العورة هما السوءتان فقط من الرجل : وبسبب الخلاف في ذلك أتران متعارضان كلاهما ثابت ، احدهما حديث جرهدان النبي صلى الله عليه وسلم قال : الفخذ عورة ، والثاني حديث أنس ان النبي صلى الله عليه وسلم حسر عن فخذه وهو جالس مع أصحابه قال البخارى وحديث أنس أسند وحديث جرهدا أحوط وقد قال بعضهم العورة الدبر والفرج والفخذ .

٢١ وأما المسئلة الثالثة : وهي حد العورة في المرأة فأكثر العلماء على ان بدنها كله عورة ما خلا الوجه والكفين وذهب أبو حنيفة الى ان قدمها ليست بعورة وذهب أبو بكر بن عبد الرحمن وأحمد الى ان المرأة كلها عورة * وبسبب الخلاف في ذلك احتمال قوله تعالى (ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها) هل هذا المستثنى المقصود منه أعضاء محدودة أم انما المقصود به ما لا يملك ظهوره فن ذهب الى ان المقصود من ذلك ما لا يملك ظهوره عند الحركة قال بدنها كله عورة حتى ظهرها واحتج لذلك بعموم قوله تعالى (يا أيها النبي قل لازواجك وبناتك ونساء المؤمنين) الآية ومن رأى ان المقصود من ذلك ما جرت به العادة بانه لا يستتر وهو الوجه والكفان ذهب الى انهما ليسا بعورة واحتج لذلك بان المرأة ليس تستر وجهها في الحج .

٢٢ الفصل الثاني من الباب الرابع فيما يجزئ من اللباس في الصلاة

اما اللباس فالاصل فيه قوله تعالى (خذوا زينتكم عند كل مسجد) والنهي الوارد عن هيئات بعض الملابس في الصلاة . وذلك انهم اتفقوا فيما أحسب على ان الهيئات من اللباس التي نهى عن الصلاة فيها مثل اشتمال السماء وهو أن يجتبي الرجل في ثوب واحد ليس على عاتقه منه شيء وان يجتبي الرجل في ثوب واحد ليس على فرجه منه شيء وسأمر ما ورد من ذلك ان ذلك كله سد ذريعة ألا تنكشف عورته ولا أعلم ان أحدا قال لا تجوز صلاة على إحدى هذه الهيئات ان لم تنكشف عورته وقد كان على أصول أهل الظاهر يجب ذلك واتفقوا على انه يجزئ الرجل من اللباس في الصلاة الثوب الواحد لقول النبي صلى الله عليه وسلم وقد سئل أبصلي الرجل في الثوب الواحد فقال : أولئككم ثوبان . واختلفوا في

ان رجل يصلي مكشوف الظهر والبطن فاجهور على جواز صلاته لكون الظهر والبطن من الرجل ليس بعورة وشذ قوم فقالوا لا تجوز صلاته ليهي صلى الله عليه وسلم ان يصلي الرجل في الثوب الواحد ليس على عاتقه منه شيء وتمسك بوجود قوله تعالى (خذوا زينتكم عند كل مسجد) وانفق الجهور على ان اللباس المحزى للمرأة في الصلاة هو درع والخمار وروى عن ام سلمة انها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ماذا تصلي فيه المرأة فقال: في الخمار والدرع السابع اذا غيبت ظهور قدميها ولما روى ايضا عن عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال: لا يقبل الله صلاة حائض الانحمار وهو مروى عن عائشة وميمونة وأم سلمة انهم كانوا يغتسلون بذلك وكل هؤلاء يقولون انها ان صلت مكشوفة أعادت في الوقت وبعده الا مال كافانه قال انها تعيد في الوقت فقط والجهور على ان الخادم لها ان تصلي مكشوفة الرأس والقدمين وكان الحسن البصري يوجب عليها الخمار واستحبه عطاء * وسبب الخلاف الخطاب المتوجه الى الجنس الواحد هل يتناول الاحرار والعبيد معا أم الاحرار فقط دون العبيد . واختلفوا في صلاة الرجل في ثوب الحرير فقال قوم تجوز صلاته فيه وقال قوم لا تجوز وقوم استحجوا له الاعادة في الوقت * وسبب اختلافهم في ذلك هل الشئ المنهي عنه مطلقا اجتنابه شرط في صحة الصلاة أم لا فن ذهب الى انه شرط قال ان الصلاة لا تجوز به ومن ذهب الى انه يكون بلباسه مأثوماً والصلاة جائزة قال ليس شرطاً في صحة الصلاة كالطهارة التي هي شرط . وهذه المسئلة هي من نوع الصلاة في الدار المنصوبة والخلاف فيها مشهور .

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما الطهارة من النجس فمن قال انها سنة مؤكدة فيبعد أن يقول انها فرض في الصلاة أي من شروط صحتها وأما من قال انها فرض مطلق فيجوز ان يقول انها فرض في الصلاة ويجوز ان لا يقول ذلك وحكى عبد الوهاب عن المذهب في ذلك قولين، أحدهما ان ازالة النجاسة شرط في صحة الصلاة في حال القدرة والذكر، والقول الآخر انها ليست شرطاً والذي حكاه من انها شرط لا يخرج على مشهور المذهب من ان غسل النجاسة سنة مؤكدة وإنما يخرج على القول بانها فرض مع الذكر والقدرة وقدمت هذه المسئلة في كتاب الطهارة وعرف هنالك أسباب الخلاف فيها وإنما الذي يتعلق به هاهنا الكلام من ذلك هل ما هو فرض مطلق مما يقع في الصلاة فيجب أن يكون فرضاً في الصلاة أم لا والحق ان الشئ المأمور به على الاطلاق لا يجب أن يكون شرطاً في صحة شيء ما الا بأمر آخر .

﴿الباب السادس﴾

وأما المواضع التي يصلي فيها فإن من الناس من أجاز الصلاة في كل موضع لا تكون فيه نجاسة ومنهم من استثنى من ذلك سبعة مواضع المزبلة والحجرة والمقبرة وقارعة الطريق والحمام ومعطن الابل وفوق ظهر بيت الله ومنهم من استثنى من ذلك المقبرة فقط ومنهم من استثنى المقبرة والحمام ومنهم من كره الصلاة في هذه المواضع المنهى عنها ولم يطلها وهو أحد ما روى عن مالك وقد روى عنه الجواز وهذه رواية ابن القاسم * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار في هذا الباب وذلك ان هاهنا حديثين متفق على صحتهم وحديثين مختلف فيهما . فاما المتفق عليهما فقوله عليه الصلاة والسلام : أعطيت خمساً لم يعطن أحد قبلي وذكر فيها وجعلت لي الارض مسجداً وطهوراً فإن ما أدركتني الصلاة صليت وقوله عليه الصلاة والسلام : اجعلوا من صلاتكم في بيوتكم ولا تتخذوها قبوراً . وأما الغير المتفق عليهما فأحدهما ما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى أن يصلي في سبعة مواضع في المزبلة والحجرة والمقبرة وقارعة الطريق وفي الحمام وفي معطن الابل وفوق ظهر بيت الله خرجه الترمذي ، والثاني ما روى انه قال عليه الصلاة والسلام صلوا في مرائب الغنم ولا تصلوا في أعطان الابل فذهب الناس في هذه الأحاديث ثلاثة مذاهب ، أحدها مذهب الترجيح والنسخ ، والثاني مذهب البناء أعني بناء الخاص على العام ، والثالث مذهب الجمع . فاما من ذهب مذهب الترجيح والنسخ فأخذ بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام : جعلت لي الارض مسجداً وطهوراً وقال هذا نسخ لغيره لان هذه هي فضائل له عليه الصلاة والسلام وذلك مما لا يجوز نسخه . وأما من ذهب مذهب بناء الخاص على العام فقال حديث الاباحة عام وحديث النهي خاص فيجب أن يبنى الخاص على العام فمن هؤلاء من استثنى السبعة مواضع ومنهم من استثنى الحمام والمقبرة وقال هذا هو الثابت عنه عليه الصلاة والسلام لانه قد روى أيضاً النهي عنهما مفردين ومنهم من استثنى المقبرة فقط للحديث المتقدم . وأما من ذهب مذهب الجمع ولم يستثن خاصاً من عام فقال أحاديث النهي محمولة على الكراهة والاول على الجواز . واختلفوا في الصلاة في السبع والكنائس فكرها قوم وأجازها قوم وفرق قوم بين أن يكون فيها صوراً ولا يكون وهو مذهب ابن عباس لقول عمر لا تدخل كنائسهم من أجل التماثيل والعلة فيمن كرهها لامن أجل التصاوير حملها على النجاسة . واتفقوا على الصلاة على الارض واختلفوا في الصلاة على الطنافس وغير ذلك مما يقع عليه على الارض والجوهر على اباحة السجود على الحصى

وما يشبهه مما تنبته الأرض والكراهية بعد ذلك وهو مذهب مالك بن أنس (١) .

﴿ الباب السابع ﴾

وأما التروك المشترطة في الصلاة فاتفق المسلمون على أن منها قولاً ومنها فعلاً . فاما الأفعال
فجميع الأفعال المباحة التي ليست من أفعال الصلاة لا قتل العقر والحية في الصلاة فانهم
اختلفوا في ذلك لمعارضة الأثر في ذلك للقياس واتفقوا فيما أحسب على جواز الفعل الخفيف .
وأما الأقوال فهي أيضاً الأقوال التي ليست من أقاويل الصلاة وهذه أيضاً لم يحتلها وانما تفسد
الصلاة عمداً لقوله تعالى (وقوموا لله قانتين) ولما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام : ان الله
يحدث من أمره ما يشاء ومما أحدث ألا تسكروا في الصلاة وهو حديث ابن مسعود وحديث
زيد بن أرقم انه قال : كنا تسكروا في الصلاة حتى زلت (وقوموا لله قانتين) فأمرنا بالسكوت ونهينا
عن الكلام وحديث معاوية بن الحكم السلمي سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول :
إن صلاتنا لا يصلح فيها شيء من كلام الناس إنما هو التسبيح والتكبير والتحميد وقراءة
القرآن إلا أنهم اختلفوا من ذلك في موضعين ، أحدهما إذا تكلموا بها والآخر إذا تكلموا عمداً
لا صلاح الصلاة وشذالا وزاعى فقال من تكلم في الصلاة لا حياء نفس أولاً مر كبير فانه
يبنى والمشهور من مذهب مالك أن التكلم عمداً على جهة الإصلاح لا يفسدها . وقال الشافعي
يفسدها التكلم كيف كان الامع السيان . وقال أبو حنيفة يفسدها التكلم كيف كان * والسبب
في اختلافهم تعارض ظواهر الأحاديث في ذلك وذلك أن الأحاديث المتقدمة تمتضي تحريم
الكلام على العموم وحديث أبي هريرة المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف
من اثنتين فقال لذهوا ليدين أقصرت الصلاة أم نسيت يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم أصدق ذوايدين فقالوا نعم فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى ركعتين أخريين
ثم سلم ظاهره أن النبي صلى الله عليه وسلم تكلم والناس معه وإمام بنوا بعد التكلم ولم يقطع ذلك
التكلم صلاتهم فنأخذ بهذا الظاهر ورأى ان هذا شيء يخص الكلام لا صلاح الصلاة
استثنى هذا من ذلك العموم وهو مذهب مالك بن أنس ومن ذهب الى أنه ليس في الحديث
دليل على أنهم تكلموا عمداً في الصلاة وإما يظهر منهم أنهم تكلموا وهم يظنون أن الصلاة
قد قصرت وتكلم النبي عليه الصلاة والسلام وهو يظن أن الصلاة قد تمت ولم يصح عنده أن
الناس قد تكلموا بعد قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قصرت الصلاة وما نسيت قال ان
المفهوم من الحديث إنما هو إجازة الكلام لغير العامل فاذا السبب في اختلاف مالك والشافعي

في المستثنى من ذلك العموم هو اختلاف فهم في مفهوم هذا الحديث مع أن الشافعي اعتمد أيضاً في ذلك أصلاً عاماً وهو قوله عليه الصلاة والسلام: رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وأما أبو حنيفة فحمل أحاديث النهي على عمومها ورأى أنها نسخة لحديث ذي اليمين وأنه متقدم عليها .

﴿ الباب الثامن ﴾

وأما النية فاتفق العلماء على كونها شرطاً في صحة الصلاة لكون الصلاة هي رأس العبادات التي وردت في الشرع لغير مصلحة معقولة أعني من المصالح المحسوسة . واختلفوا هل من شرط نية المأموم أن توافق نية الإمام في تعيين الصلاة وفي الوجوب حتى لا يجوز أن يصلي المأموم ظهراً بامام يصلي عصراً ولا يجوز أن يصلي الإمام ظهراً أيكون في حقه نقلاً وفي حق المأموم فرضاً فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنه يجب أن يوافق نية المأموم نية الإمام وذهب الشافعي إلى أنه ليس يجب * والسبب في اختلافهم معارضة مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: إنما جعل الإمام ليؤتم به لما جاء في حديث معاذ من أنه كان يصلي مع النبي عليه الصلاة والسلام ثم يصلي بقومه فن رأى ذلك خاصاً لمعاذ وأن عموم قوله عليه الصلاة والسلام: إنما جعل الإمام ليؤتم به يتناول النية اشترط موافقة نية الإمام للمأموم ومن رأى أن الاماحة لمعاذ في ذلك هي اباحة لغيره من سائر المكلفين وهو الأصل قال لا يخلو الأمر في ذلك الحديث الثاني من أحد أمرين إما أن يكون ذلك العموم الذي فيه لا يتناول النية لأن ظاهره إنما هو في الأفعال فلا يكون بهذا الوجه معارضاً لحديث معاذ وإما أن يكون يتناولها فيكون حديث معاذ قد خصص ذلك العموم . وفي النية مسائل ليس لها تعلق بالمنطوق به من الشرع رأينا تركها إذا كان غرضنا على القصد الأول إنما هو الكلام في المسائل التي تتعلق بالمنطوق به من الشرع .

﴿ الجلة الثالثة من كتاب الصلاة ﴾

وهو معرفة ما اشتمل عليه من الأقوال والأفعال وهي الأركان والصلوات المفروضة تختلف في هذين بالزيادة والنقصان إما من قبل الأفراد والجماعة وإما من قبل الزمان مثل مخالفة ظهر الجمعة لظهر سائر الأيام وإما من قبل الحضر والسفر وإما من قبل الأمن والخوف وإما من قبل الصحة والمرض فإذا أريد أن يكون القول في هذه صناعات وأعمال على نظام فيجب أن يقال أولاً فيما تشترك فيه هذه كلها ثم يقال فيما يخص واحدة واحدة منها أو يقال في واحدة واحدة منها وهو الأسهل وإن كان هذا النوع من التعليم يعرض منه تكرار ما هو الذي سلكه الفقهاء ونحن تبعهم في ذلك فنجعل هذه الجلة منقسمة إلى ستة أبواب ، الباب الأول في صلاة المنفرد

الحاضر الامن الصحيح ، الباب الثاني في صلاة الجماعة أعنى في أحكام الامام والمأموم في الصلاة ، الباب الثالث في صلاة الجمعة ، الباب الرابع في صلاة السفر ، الباب الخامس في صلاة الخوف ، الباب السادس في صلاة المريض

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب فيه فصلان . الفصل الاول في أقوال الصلاة . والفصل الثاني في أفعال الصلاة

﴿ الفصل الاول ﴾

وفي هذا الفصل من قواعد المسائل تسع مسائل .

المسئلة الاولى ﴿ اختلف العلماء في التكبير على ثلاثة مذاهب فقوم قالوا ان التكبير كله واجب في الصلاة وقوم قالوا انه كله ليس بواجب وهو شاذ وقوم أوجبوا تكبيرة الاحرام فقط وهم الجمهور * وسبب اختلاف من أوجبه كله ومن أوجب منه تكبيرة الاحرام فقط معارضة ما نقل من قوله لما نقل من فعله عليه الصلاة والسلام . فأما ما نقل من قوله حديث أبي هريرة المشهور أن النبي عليه الصلاة والسلام قال للرجل الذي علمه الصلاة : اذا أردت الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة ثم كرت ثم اقرأ ففهم هذا هو أن التكبيرة الاولى هي الفرض فقط ولو كان ما عدا ذلك من التكبير فرضاً لذكره كعاد كرسائر فروض الصلاة ، وأما ما نقل من فعله فيها حديث أبي هريرة انه كان يصلي فيكبر كلما خفض ورفع ثم يقول انى لا شبيهكم صلاة بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومنها حديث مطرف بن عبد الله بن الشخير قال : صليت أنا وعمران بن الحصين خلف على بن أبي طالب رضى الله عنه فكان اذا سجد كبر واذا رفع رأسه من الركوع كبر فلما قضى صلاته وانصرفنا أخذ عمران بيده فقال أذكرنى هذا صلاة محمد صلى الله عليه وسلم فالتفألون بإجابته تسكوا بهذا العمل المنقول في هذه الاحاديث وقالوا الاصل ان تكون كل أفعاله التى أتت بيانا لواجب محمولة على الوجوب كما قال صلى الله عليه وسلم : صلوا كما رأيتمونى أصلى وخذوا عني مناسككم وقالت الفرقة الاولى ما في هذه الا نريد على أن العمل عند الصحابة انما كان على اتمام التكبير ولذلك كان أبو هريرة يقول انى لا شبيهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عمران أذكرنى هذا بصلاته صلاة محمد صلى الله عليه وسلم ، وأما من جعل التكبير كله نفلا فضعيف ولعله قاسه على سائر الاذكار التى في الصلاة مما ليست بواجب اذا قاس

تكبيرة الاحرام على سائر التكبيرات . قال أبو عمر بن عبد البر ومما يؤيد مذهب الجمهور ما رواه
شعبة بن الحجاج عن الحسن بن عمران عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبزي عن أبيه قال : صليت
مع النبي صلى الله عليه وسلم فلم يتم التكبير وصليت مع عمر بن عبد العزيز فلم يتم التكبير وما
رواه احمد بن حنبل عن عمر رضى الله عنه انه كان لا يكبر اذا صلى وحده وكان هؤلاء رأوا ان
التكبير انما هو لما كان اشعار الامام للمؤمنين بقيامه وقعوده ويشبه أن يكون الى هذا ذهب
من رآه كله نقلا .

المسئلة الثانية : قال مالك لا يحزى من لفظ التكبير الا الله أكبر وقال الشافعي الله
أكبر والله الا كبر اللفظان كلاهما يحزى . وقال أبو حنيفة يحزى من لفظ التكبير كل لفظ في
معناه مثل الله الا عظم والله الا جل * وسبب اختلافهم هل اللفظ هو المتعبد به في الافتتاح
أو المنى وقد استدلل المالكيون والشافعيون بقوله عليه الصلاة والسلام : مفتاح الصلاة
الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم قالوا الالف واللام هاهنا للحصر والخطير يدل على
أن الحكم خاص بالمنطوق به وأنه لا يجوز لغيره وليس يوافقهم أبو حنيفة على هذا الاصل فان
هذا المفهوم هو عنده من باب دليل الخطاب وهو أن يحكم للمسكوت عنه بضد حكم المنطوق به
ودليل الخطاب عند أبي حنيفة غير معمول به .

المسئلة الثالثة : ذهب قوم الى أن التوجيه في الصلاة واجب وهو أن يقول بعد التكبير
إما وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض وهو مذهب الشافعي وإما أن يسبح وهو
مذهب أبي حنيفة وإما أن يجمع بينهما وهو مذهب أبي يوسف صاحبه . وقال مالك ليس
التوجيه بواجب في الصلاة ولا بسنة * وسبب الاختلاف معارضة الآثار الواردة بالتوجيه
للعمل عند مالك أو الاختلاف في صحة الآثار الواردة بذلك (قال القاضي) قد ثبت في
الصحيحين عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسكت بين التكبير والقراءة
اسكائة قال فقلت يا رسول الله بأني أنت وامى اسكائك بين التكبير والقراءة ما تقول قال :
أقول : اللهم باعد بيني وبين خطاياي كما باعدت بين المشرق والمغرب اللهم تنق من الخطايا كما
ينقى الثوب الأبيض من الدنس اللهم اغسل خطاياي بالماء والثلج والبرد وقد ذهب قوم الى
استحسان سكيات كثيرة في الصلاة منها حين يكبر وحين يقرع من قراءة القرآن واذا فرغ
من التراءة قبل الركوع ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو ثور والاوزاعي وأنكر ذلك مالك
وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه * وسبب اختلافهم اختلافا في تصحيح حديث أبي هريرة
انه قال كانت له عليه الصلاة والسلام سكيات في صلاته حين يكبر ويفتح الصلاة
وحين يقرأ فاتحة الكتاب واذا فرغ من القراءة قبل الركوع .

المسئلة الرابعة) اختلفوا في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في افتتاح القراءة في الصلاة فنع ذلك مالك في الصلاة المكتوبة جهرًا كانت أو سرًا في افتتاح أم القرآن ولا في غيرها من السور وأجاز ذلك في النافلة وقال ابو حنيفة والثوري يقرأوها مع أم القرآن في كل ركعة سرًا وقال الشافعي يقرأوها ولا بد في الجهر جهرًا أو في السر سرًا وهي عنده آية من فاتحة الكتاب وبه قال أحمد وأبو ثور وأبو عبيد واختلف قول الشافعي هل هي آية من كل سورة أم إنما هي آية من سورة النمل فقط ومن فاتحة الكتاب فروى عنه القولان جميعاً * وسبب الخلاف في هذا آيل إلى شيئين ، أحدهما اختلاف الآثار في هذا الباب ، والثاني اختلافهم هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من فاتحة الكتاب أم لا . فأما الآثار التي احتج بها من أسقط ذلك منها حديث ابن مغفل قال سمعتني أبي وأنا أقرب بسم الله الرحمن الرحيم فقال يا بني إياك والحدث فاني صليت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر فلم أسمع رجلاً منهم يقرأها قال أبو عمرو وابن عبد البر ابن مغفل رجل مجهول ، ومنها ما رواه مالك من حديث أنس انه قال قمت وراء أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم فكلهم كان لا يقرأ بسم الله إذا افتتحوا الصلاة قال أبو عمرو وفي بعض الروايات انه قام خلف النبي عليه الصلاة والسلام فكان لا يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قال أبو عمرو والآن أهل الحديث قالوا في حديث أنس هذا ان النقل فيه مضطرب اضطراباً لا تقوم به حجة وذلك ان مرة روى عنه مرفوعاً الى النبي صلى الله عليه وسلم ومرة لم يرفع ، ومنهم من يذكر عثمان ، ومنهم من لا يذكره ، ومنهم من يقول فكانوا يقرؤون بسم الله الرحمن الرحيم ومنهم من يقول فكانوا لا يقرؤون بسم الله الرحمن الرحيم . ومنهم من يقول فكانوا لا يجهرون بسم الله الرحمن الرحيم . وأما الأحاديث المعارضة لهذا فمنا حديث نعيم بن عبد الله الحميري قال : صليت خلف أبي هريرة فقرأ بسم الله الرحمن الرحيم قبل أم القرآن وقبل السورة وكبر في الخفض والرفع وقال انا أشبهكم بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ومنها حديث ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يجهر بسم الله الرحمن الرحيم ، ومنها حديث أم سلمة انها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين فاختلف هذه الآثار أحداً ما أوجب اختلافهم في قراءة بسم الله الرحمن الرحيم في الصلاة ، والسبب الثاني كما قلنا هو هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من أم الكتاب وحدها أو من كل سورة أم ليست آية لا من أم الكتاب ولا من كل سورة فمن رأى انها آية من أم الكتاب أوجب قراءتها بوجوب قراءة أم الكتاب عنده في الصلاة ومن رأى انها آية من أول كل سورة وجب عنده أن يقرأها مع السورة وهذه المسئلة

قد كثر الاختلاف فيها والمسئلة محتملة ولكن من أعجب ما وقع في هذه المسئلة انهم يقولون
ومما اختلف فيه هل بسم الله الرحمن الرحيم آية من القرآن في غير سورة النمل أم انما
هي آية من القرآن في سورة النمل فقط ويحكمون على جهة الرد على الشافعي انها لو كانت من
القرآن في غير سورة النمل لبيته رسول الله صلى الله عليه وسلم لان القرآن نقل تواتراً هذا الذي
قاله القاضي في الرد على الشافعي وظن انه قاطع وأما ابو حامد فانتصر لهذا بان قال انه أيضاً لو كانت
من غير القرآن لوجب على رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبين ذلك وهذا كما تخطب وشي
غير مفهوماً فانه كيف يجوز في الآية الواحدة بعينها أن يقال فيها انها من القرآن في موضع وأنها
ليست من القرآن في موضع آخر بل يقال ان بسم الله الرحمن الرحيم قد ثبت انها من القرآن
حيث ذكرت وأنها آية من سورة النمل وهل هي آية من سورة أم القرآن ومن كل سورة
يستفتح بها يختلف فيه والمسئلة محتملة وذلك انها في سائر السور فاتحة وهي جزء من سورة
النمل فتأمل هذا فانه بين والله أعلم .

المسئلة الخامسة انفق العلماء على انه لا تجوز صلاة بغير قراءة لا عمداً ولا سهواً
الاشيثار وى عن عمر رضى الله عنه انه صلى فنبسى القراءة فتميل له في ذلك فقال كيف كان
الركوع والسجود فتيل حسن فقال : لا بأس اذا هو حديث غريب عندهم أدخله مالك في
موطأه في بعض الروايات والاشيثار وى عن ابن عباس انه لا يقرأ في صلاة السر وإنه قال
قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم في صلوات وسكت في أخرى فقرأ فيما قرأ ونسكت فيما
سكت وسئل هل في الظهر والعصر قراءة فقال لا وأخذ الجمهور بحديث خباب انه صلى الله عليه
وسلم كان يقرأ في الظهر والعصر قيل فبأى شيء كنتم تعرفون ذلك قال باضطراب لحيته وتعلق
الكوفيون بحديث ابن عباس في ترك وجوب القراءة في الركعتين الأخيرتين من الصلاة لاستواء
صلاة الجهر والسري في سكوت النبي صلى الله عليه وسلم في هاتين الركعتين * واختلفوا في القراءة
الواجبة في الصلاة فرأى بعضهم أن الواجب من ذلك أم القرآن لمن حفظها وأن ما عداها
ليس فيه توقيت ومن هؤلاء من أوجبها في كل ركعة ومنهم من أوجبها في أكثر الصلاة ومنهم
من أوجبها في نصف الصلاة ومنهم من أوجبها في ركعة من الصلاة وبالأول قال الشافعي
وهي أشهر الروايات عن مالك وقد روى عنه انه ان قرأها في ركعتين من الرباعية أجزأته وأما
من رأى انها تجزى في ركعة فمنهم الحسن البصري وكثير من فقهاء البصرة . وأما ابو حنيفة
فالواجب عنده انما هو قراءة القرآن أي آية اتفقت ان تقرأ أو أحد اصحابه في ذلك ثلاث آيات
قصار أو آية طويلة مثل آية الدين وهذا في الركعتين الاوليين وأما في الأخيرتين فيستحب

عنده التسبيح فيهما دون القراءة وبه قال الكوفيون والجمهور يستحبون القراءة فيها كلها
 * والسبب في هذا الاختلاف تعارض الآثار في هذا الباب ومعارضة ظاهر الكتاب
 للآثر. أما الآثار المتعارضة في ذلك فأحدها حديث أبي هريرة الثابت أن رجلاً دخل المسجد
 فصلى ثم جاء فسلم على النبي عليه الصلاة والسلام فرد عليه النبي صلى الله عليه وسلم وقال: ارجع
 فصل فانك لم تصل فصلى ثم جاء فأمره بالرجوع فعزل ذلك ثلاث مرات فقال والذي بعثك
 بالحق ما أحسن غيره فقال عليه الصلاة والسلام إذا قمت إلى الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل
 القبلة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ثم اركع حتى تطمئن راكعاً ثم ارفع حتى تعتدل قائماً
 ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم ارفع حتى تطمئن جالساً ثم اسجد حتى تطمئن ساجداً ثم ارفع
 حتى تستوى قائماً ثم افعل ذلك في صلاتك كلها . وأما المعارض لهذا الحديثان ثابتان متفق
 عليهما، أحدهما حديث عباد بن الصامت أنه عليه الصلاة والسلام قال: لا صلاة لمن لم يقرأ
 بفاتحة الكتاب وحديث أبي هريرة أيضاً أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من صلى
 صلاة لم يقرأ فيها بالقرآن فهي خداج فهي خداج فلا نا وحديث أبي هريرة
 المتقدم ظاهره أنه يحجز من القراءة في الصلاة ما تيسر من القرآن وحديث عباد وحديث أبي
 هريرة الثاني يقتضيان أن أم القرآن شرط في الصلاة وظاهر قوله تعالى: فاقرؤوا ما تيسر منه
 يعضد حديث أبي هريرة المتقدم . والعلماء المختلفون في هذه المسئلة إما أن يكونوا ذهبوا في
 تأويل هذه الأحاديث مذهب الجمع وإما أن يكونوا ذهبوا مذهب الترجيح وعلى كلا القولين
 يتصور هذا المعنى وذلك أنه من ذهب مذهب من أوجب قراءة ما تيسر من القرآن له أن يقول
 هذا أرجح لأن ظاهر الكتاب يوافقه وله أن يقول على طريق الجمع أنه يمكن أن يكون
 حديث عباد المقصود به نفي الكمال لا نفي الإجزاء وحديث أبي هريرة المقصود منه
 الإعلام بالجزء من القراءة إذ كان المقصود منه تعليم فرائض الصلاة ولاؤك أيضاً
 أن يذهبوا هذين المذهبين بأن يقولوا هذه الأحاديث أوضح لانها أكثر وأيضاً فإن
 حديث أبي هريرة المشهور يعضده وهو الحديث الذي فيه يقول الله تعالى: قسمت
 الصلاة بيني وبين عبدي نصفين نصفها لي ونصفها لعبدي ولعبدي ما سأل يقول
 العبد الحمد لله رب العالمين يقول الله حمدي لعبدي والحديث ولهم أن يقولوا أيضاً أن
 قوله عليه الصلاة والسلام: ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن مبهم والاحاديث الأخر معينة
 والمعين يقتضي على المبهم وهذا فيه عسر فإن معنى حرف ماها هنا انما هو معنى أى شئ عيسر
 وانما يسوغ هذا أن دلت ما في كلام العرب على ما تدل عليه لام العهد فكان يكون تقدير

الكلام اقرأ الذى تيسر معك من القرآن ويكون المفهوم منه أم الكتاب اذ كانت الالف واللام فى الظاهر تدل على العهد فينبغى أن يتأمل هذا فى كلام العرب فان وجدت العرب تفعل هذا أعنى تجوز فى موطن ما تتدل بما على شئ معين فليسغ هذا التأويل والا فلا وجه له فالمسئلة كما ترى محتملة وانما كان يرتفع الاحتمال لو ثبت النسخ . وأما اختلاف من أوجب أم الكتاب فى الصلاة فى كل ركعة أو فى بعض الصلاة فسيببه احتمال عوده الضمير الذى فى قوله عليه الصلاة والسلام : لم يقرأ فيه ابام القرآن على كل أجزاء الصلاة أو على بعضها وذلك ان من قرأ فى الكل منها أو فى الجزء أعنى فى ركعة أو ركعتين لم يدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام لم يقرأ فيها وهذا الاحتمال بعينه هو الذى أصار أبا حنيفة الى أن يترك القراءة أيضاً فى بعض الصلاة أعنى فى الركعتين الأخيرتين واختار مالك ان يقرأ فى الركعتين الاوليين من الرباعية بالحمد وسورة وفى الأخيرتين بالحمد فقط واختار الشافعى ان يقرأ فى الاربع من الظهر بالحمد وسورة الا أن السورة التى تقرأ فى الاوليين تكون أطول فذهب مالك الى حديث أبى قتادة الثابت انه عليه الصلاة والسلام كان يقرأ فى الاوليين من الظهر والعصر فأتحة الكتاب وسورة وفى الآخرين منها بفاتحة الكتاب فقط وذهب الشافعى الى ظاهر حديث أبى سعيد الثابت أيضاً انه كان يقرأ فى الركعتين الاوليين من الظهر قدر ثلاثين آية وفى الآخر بين قدر خمس عشرة آية ولم يخلطوا فى العصر لا تقاق الحديثين فيها وذلك ان فى حديث أبى سعيد هذا انه كان يقرأ فى الاوليين من العصر قدر خمس عشرة آية وفى الآخر بين قدر النصف من ذلك .

المسئلة السادسة : اتفق الجمهور على منع قراءة القرآن فى الركوع والسجود لحديث على بن ذلك قال نهانى جبريل صلى الله عليه وسلم ان أقرأ القرآن راكعاً أو ساجداً قال الطبرى وهو حديث صحيح وبه أخذ فقهاء الامصار وصار قوم من التابعين الى جواز ذلك وهو مذهب البخارى لانه لم يصح الحديث عنده والله أعلم . واختلفوا هل فى الركوع والسجود قول محدود بقوله المصلى أم لا فقال مالك ليس فى ذلك قول محدود وذهب الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وجماعة غيرهم الى أن المصلى يقول فى ركوعه سبحان ربى العظيم ثلاثاً وفى السجود سبحان ربى الاعلى ثلاثاً على ما جاء فى حديث عتبة بن عامر وقال الثورى أحب الى أن يقولها الامام خمساً فى صلاته حتى يدرك الذى خلقه ثلاث تسبيحات * والسبب فى هذا الاختلاف معارضة حديث ابن عباس فى هذا الباب لحديث عتبة بن عامر وذلك ان فى حديث ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام قال : ألا وإني نهيته ان أقرأ القرآن راكعاً أو ساجداً أقاما

الركوع فعظموا فيه الرب وأما السجود فاجتهدوا فيه في الدعاء فتمن أن يستجاب لكم وفي حديث عقبة بن عامر أنه قال لما نزلت فسبح باسم ربك العظيم قال لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم : اجعلوه في ركوعكم ولما نزلت سببح اسم ربك الأعلى قال : اجعلوه في سجودكم وكذلك اختلفوا في الدعاء في الركوع بعد اتفاهم على جواز الشاء على الله فكره ذلك مالك لحديث على أنه قال عليه الصلاة والسلام : أما الركوع فعظموا فيه الرب وأما السجود فاجتهدوا فيه في الدعاء وقالت طائفة يجوز الدعاء في الركوع واحتجوا بأحد حديث جاء فيها أنه عليه الصلاة والسلام دعا في الركوع وهو مذهب البخاري واحتج بحديث عائشة قالت كان النبي عليه الصلاة والسلام يقول في ركوعه وسجوده : سبحانك اللهم ربنا وبحمدك اللهم اغفر لي . وأبو حنيفة لا يحيز الدعاء في الصلاة بغير ألفاظ القرآن ومالك والشافعي يحيزان ذلك والسبب في ذلك اختلافهم فيه هل هو كلام أم لا .

المسئلة السابعة ﴿ اختلفوا في وجوب التشهد وفي المختار منه فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة الى أن التشهد ليس بواجب وذهبت طائفة الى وجوبه وبه قال الشافعي وأحمد وداود * وسبب اختلافهم معارضة القياس لظاهر الأثر وذلك أن القياس يقتضى إلحاقه بسائر الأركان التي ليست بواجبة في الصلاة لاتفاهم على وجوب القرآن وأن التشهد ليس بقرآن فيجب وحديث ابن عباس أنه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن يقتضى وجوبه مع أن الأصل عندهؤلاء أن أفعاله وأقواله في الصلاة يجب أن تكون محمولة على الوجوب لحق يدل الدليل على خلاف ذلك والأصل عند غيرهم على خلاف هذا وهو أن ما ثبت وجوبه في الصلاة مما اتفق عليه أصرح بوجوبه فلا يجب أن يلحق به إلا ما صرح به ونص عليه فهما كما ترى أصلا متعارضان . وأما المختار من التشهد فان مالكا رحمه الله اختار تشهد عمر رضى الله عنه الذي كان يعلم الناس على المنبر وهو التحيات لله الزاكيات لله الطيبات الصلوات لله السلام عليك أيها النبي ورحمة الله تعالى وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله واختار أهل الكوفة أبو حنيفة وغيره تشهد عبد الله بن مسعود قال أبو عمر وبه قال أحمد وأكثر أهل الحديث لثبوت نقله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله واختار الشافعي وأصحابه تشهد عبد الله ابن عباس الذي رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم

يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فكان يقول التحيات المباركات الصلوات الطيبات
 لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن
 لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله ﷺ وسبب اختلافهم اختلاف ظنهم في الأرجح منها فن
 غلب على ظنه رجحان حديث ما من هذه الأحاديث الثلاثة مال إليه وقد ذهب كثير من
 الفقهاء إلى أن هذا كله على التخيير كالأذان والتكبير على الجنائز وفي العيدين وفي غير ذلك مما
 نواتر نقله وهو الصواب والله أعلم . وقد اشترط الشافعي الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم
 في التشهد وقال إنها فرض لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليماً) ذهب إلى
 أن هذا التسليم هو التسليم من الصلاة وذهب الجمهور إلى أنه التسليم الذي يؤتى به عقب الصلاة
 عليه . وذهب قوم من أهل الظاهر إلى أنه واجب أن يتعوذ بالمشهد من الأربع التي جاءت في
 الحديث من عذاب القبر ومن عذاب جهنم ومن فتنة المسيح الدجال ومن فتنة الحيا والممات
 لأنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتعوذ منها في آخر تشهده وفي بعض طرقه إذا
 فرغ أحدكم من التشهد الأخير فليتعوذ من أربع الحديث خرجه مسلم .

المسئلة الثامنة : اختلفوا في التسليم من الصلاة فقال الجمهور بوجوبه وقال أبو حنيفة
 وأصحابه ليس بواجب والذين أوجبوه منهم من قال الواجب على المنفرد والامام تسليمة
 واحدة ومنهم من قال اثنتان فذهب الجمهور مذهب ظاهر حديث علي وهو قوله عليه الصلاة
 والسلام فيه : وتحليلها التسليم ومن ذهب إلى أن الواجب من ذلك تسليمان فلما ثبت من أنه
 عليه الصلاة والسلام كان يسلم تسليتين وذلك عند من حمل فعله على الوجوب واختار مالك
 للمأموم تسليتين وللإمام واحدة وقد قيل عنه أن المأموم يسلم ثلاثاً الواحدة للتحليل والثانية
 للإمام والثالثة لمن هو عن يساره وأما أبو حنيفة فذهب إلى ما رواه عبد الرحمن بن زياد الأفرقي
 أن عبد الرحمن بن رافع و بكر بن سواد حدثاه عن عبد الله بن عمرو بن العاصي قال قال
 رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا جلس الرجل في آخر صلاته فأحدث قبل أن يسلم فقد
 تمت صلاته قل أبو عمرو بن عبد البر وحديث علي المتقدم أثبت عند أهل النقل لأن حديث
 عبد الله بن عمرو بن العاصي أشرفه الأفرقي وهو عند أهل النقل ضعيف (قال انقاضي) أن
 كان أثبت من طريق النقل فإنه محتمل من طريق اللفظ وذلك أنه ليس يدل على أن الخروج
 من الصلاة لا يكون بغير التسليم إلا بضرب من دليل الخطاب وهو مفهوم ضعيف عند الأكثر
 ولكن للجمهور أن يقولوا إن الالف واللام التي للحصر أقوى من دليل الخطاب في كون
 حكم المسكوت عنه بضد حكم المنطوق به .

المسئلة التاسعة ﴿﴾ اختلفوا في القنوت فذهب مالك الى أن القنوت في صلاة الصبح مستحب وذهب الشافعي الى انه سنة وذهب أبو حنيفة الى انه لا يجوز القنوت في صلاة الصبح وان القنوت انما موضعه الوتر وقال قوم بل يقنت في كل صلاة وقال قوم لا قنوت الا في رمضان وقال قوم بل في النصف الاخير منه وقال قريش بل في النصف الاول والسبب في ذلك اختلاف الآثار المنقولة في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم وقياس بعض الصلوات في ذلك على بعض أعني التي قنت فيها على التي لم يقنت فيها قال أبو عمرو بن عبد البر والقنوت بلعن الكفرة في رمضان مستفيض في الصدر الاول اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم في دعائه على رعل وذكوان والنفر الذين قتلوا أصحاب بئر معونة وقال الليث بن سعد ما قنت منذ أربعين عاما أو خمسة وأربعين عاما الا وراء امام يقنت قال الليث وأخذت في ذلك بالحديث الذي جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قنت شهر أوأربعين يدعو لقوم ويدعوا على آخرين حتى أنزل الله تبارك وتعالى عليه معاتبا (ليس لك من الامر شيء أو يتوب عليهم أو يعذبهم فانهم ظالمون) فترك رسول الله صلى الله عليه وسلم القنوت فما قنت بعدها حتى أنق الله قال فنذ حملت هذا الحديث لم أقنت وهو مذهب يحيى بن يحيى (قال القاضي) وقد حدثني الاشياخ انه كان العمل عليه بمسجده عندنا بقرطبة وانه استقر الى زماننا أو قريب من زماننا وخرج مسلم عن أبي هريرة أن النبي عليه الصلاة والسلام قنت في صلاة الصبح ثم بلغنا انه ترك ذلك لما نزلت (ليس لك من الامر شيء أو يتوب عليهم) وخرج عن أبي هريرة انه قنت في الظهر والعشاء الا خيرة وصلاة الصبح وخرج عنه عليه الصلاة والسلام أنه قنت شهرا في صلاة الصبح يدعو على بني عصىة واختلفوا فيما يقنت به فاستحب مالك القنوت باللهم انا نستعينك ونستغفرك ونستهديك ونؤمن بك ونخضع لك ونخلع ونترك من يكفرك اللهم اياك نعبد ولك نصلي ونسجد واليك نسعى ونخفد نرجو رحمتك ونخاف عذابك ان عذابك بالكافرين ملحق ويسمى أهل العراق السورتين ويروى أنها في مضعف أبي بن كعب . وقال الشافعي واسحاق بل يقنت باللهم اهدنا فمين هديت وعافنا فمين عافيت وقتنا شر ما قضيت انك تقضى ولا يقضى عليك تباركت ربنا وتعاليت وهذا رويه الحسن بن علي من طرق ثابتة ان النبي عليه الصلاة والسلام علمه هذا الدعاء يقنت به في الصلاة وقال عبد الله بن داود من لم يقنت بالسورتين فلا يصلي خلفه وقال قوم ليس في القنوت شيء موقوف .

﴿ الفصل الثاني ﴾

في الأفعال التي هي أركان وفي هذا الفصل من قواعد المسائل ثمان مسائل .

المسألة الأولى : ﴿ اختلف العلماء في رفع اليدين في الصلاة في ثلاثة مواضع ، أحدها في حكمه ، والثاني في المواضع التي يرفع فيها من الصلاة ، والثالث إلى أين ينتهي برفعها . فاما الحكم فذهب الجمهور إلى أنه سنة في الصلاة وذهب داود وجماعة من أصحابه إلى أن ذلك فرض وهو لا يفتي بمقتضى ما فهم من أن أوجب ذلك في تكبيرة الاحرام فقط ومنهم من أوجب ذلك في الاستفتاح وعند الركوع أعني عند الانحطاط فيه وعند الارتجاع منه ومنهم من أوجب ذلك في هذين الموضعين وعند السجود وذلك بحسب اختلافهم في المواضع التي يرفع فيها * وسبب اختلافهم معارضة ظاهر حديث أبي هريرة الذي فيه تعليم فرائض الصلاة لتعلمه عليه الصلاة والسلام وذلك أن حديث أبي هريرة أنما فيه أنه قال له وكبر ولم يأمره برفع يديه وثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عمر وغيره أنه كان يرفع يديه إذا فتحت الصلاة . وأما اختلافهم في المواضع التي ترفع فيها فذهب أهل الكوفة أبو حنيفة وسفيان الثوري وسائر فقهاءهم إلى أنه لا يرفع المصلي يديه إلا عند تكبيرة الاحرام فقط وهي رواية ابن الناسم عن مالك وذهب الشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث وأهل الظاهر إلى الرفع عند تكبيرة الاحرام وعند الركوع وعند الرفع من الركوع وهو مروي عن مالك إلا أنه عند أولئك فرض وعند مالك سنة وذهب بعض أهل الحديث إلى رفعهما عند السجود وعند الرفع منه * والسبب في هذا الاختلاف كله اختلاف الآثار الواردة في ذلك ومخالفة العمل بالمدينة لبعضها وذلك أن في ذلك أحاديث ، أحدها حديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء بن عازب أنه : كان عليه الصلاة والسلام يرفع يديه عند الاحرام مرة واحدة لا يزيد عليها ، والحديث الثاني حديث سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : كان إذا افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه وإذا رفع رأسه من الركوع رفعهما أيضاً كذلك وقال سمع الله من حمود بن مالك الحمد وكان لا يفعل ذلك في السجود وهو حديث متفق على صحته وزعموا أنه روى ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة عشر رجلاً من أصحابه ، والحديث الثالث حديث وائل بن حجر وفيه زيادة على ما في حديث عبد الله بن عمر أنه كان يرفع يديه عند السجود فن حمل الرفع هاهنا على أنه ندب أو فرضة فمنهم من اقتصر به على الاحرام فقط ترجيحاً لحديث عبد الله بن مسعود وحديث البراء بن عازب وهو مذهب مالك

لموافقة العمل به ومنهم من رجح حديث عبد الله بن عمر فرأى الرفع في الموضعين أعنى في الركوع وفي الافتتاح لشهرته واللهق الجميع عليه ومن كان رأيه من هؤلاء أن الرفع في رخصة حمل ذلك على الفرقة ومن كان رأيه أنه ندب حمل ذلك على الندب ومنهم من ذهب مذهب الجمع وقال أنه يجب أن تجمع هذه الزيادات بعضها إلى بعض على ما في حديث وائل بن حجر فاذا العلماء ذهبوا في هذه الآثار مذهبين إما مذهب الترجيح وإما مذهب الجمع * والسبب في اختلافهم في حمل رفع اليدين في الصلاة هل هو على الندب أو على الفرض هو السبب الذي قلناه قبل من أن بعض الناس يرى أن الأصل في أفعاله صلى الله عليه وسلم أن يحمل على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك ومنهم من يرى أن الأصل ألا يزداد فياصح دليل واضح من قول ثابت أو إجماع أنه من فرائض الصلاة لا بدليل وأصح وقد تقدم هذا من قولنا ولا معنى لتكرير الشيء الواحد مرات كثيرة . وأما الحد الذي ترفع إليه اليدين فذهب بعضهم إلى أنه المنكبان وبه قال مالك والشافعي وجماعة وذهب بعضهم إلى رفعهما إلى الأذنين وبه قال أبو حنيفة وذهب بعضهم إلى رفعهما إلى الصدر وكل ذلك مروى عن النبي صلى الله عليه وسلم إلا أن أثبت ما في ذلك أنه كان يرفعهما حذو منكبيه وعليه الجمهور والرفع إلى الأذنين أثبت من الرفع إلى الصدر وأشهر .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ ذهب أبو حنيفة إلى أن الاعتدال من الركوع وفي الركوع غير واجب وقال الشافعي هو واجب واختلف أصحاب مالك هل ظاهر مذهبه يقتضي أن يكون سنة أو واجبا إذ لم ينقل عنه نص في ذلك * والسبب في اختلافهم هل الواجب الأخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم أم بكل ذلك الشيء الذي ينطلق عليه الاسم فمن كان الواجب عنده الأخذ ببعض ما ينطلق عليه الاسم لم يشترط الاعتدال في الركوع ومن كان الواجب عنده الأخذ بالكل اشترط الاعتدال وقد صرح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في الحديث المتقدم للرجل الذي علمه فروض الصلاة: اركع حتى تطمئن راكعا وارفح حتى تطمئن رافعا فالواجب اعتقاد كونه فرضا وعلى هذا الحديث عول كل من رأى أن الأصل أن لا تحمل أفعاله عليه الصلاة والسلام في سائر أفعال الصلاة مما لم ينص عليها في هذا الحديث على الوجوب حتى يدل الدليل على ذلك ومن قبل هذا المبرر وارفح اليدين فرضا ولا ماعدا تكبيرة الاحرام والقراءة من الاقاريل التي في الصلاة فتأمل هذا فإنه أصل مناقض للأصل الاول وهو سبب الخلاف في أكثر هذه المسائل .

﴿ المسئلة الثالثة ﴾ اختلف الفقهاء في هيئة الجلوس فقال مالك وأصحابه يفضى باليدين إلى

الارض وينصب رجله اليمنى ويثنى اليسرى وجلس المرأة عنده كيجلس الرجل وقال أبو حنيفة وأصحابه ينصب الرجل اليمنى ويقعد على اليسرى وفرق الشافعي بين الجلسة الوسطى والآخرة فقال في الوسطى بمثل قول أبي حنيفة وفي الآخرة بمثل قول مالك * وبسبب اختلافهم في ذلك تعارض الآثار وذلك ان في ذلك ثلاثة آثار، أحدها هو ثابت باتفاق حديث أبي حميد الساعدي الوارد في وصف صلاته عليه الصلاة والسلام وفيه وإذا جلس في الركعتين جلس على رجله اليسرى ونصب اليمنى وإذا جلس في الركعة الأخيرة قدم رجله اليسرى ونصب اليمنى وقعد على مقعده ، والثاني حديث وائل بن حجر وفيه أنه كان إذا قعد في الصلاة نصب اليمنى وقعد على اليسرى والثالث ما رواه مالك عن عبد الله بن عمر أنه قال أما سنة الصلاة أن تنصب رجلك اليمنى وتثنى اليسرى وهو يدخل في المسند لقوله فيه : أما سنة الصلاة وفي روايته عن القاسم بن محمد أنه أراهم الجلوس في التشهد فنصب رجله اليمنى وتثنى اليسرى وجلس على وركة اليسر ولم يجلس على قدمه ثم قال أراني هذا عبيد الله بن عبد الله بن عمر وحدثني أن أباه كان يفعل ذلك فذهب مالك مذهب الترجيح لهذا الحديث وذهب أبو حنيفة مذهب الترجيح لحديث وائل وذهب الشافعي مذهب الجمع على حديث أبي حميد وذهب الطبري مذهب التخيير وقال هذه الهيئات كلها جائزة وحسن فعلها لثبوتها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو قول حسن فان الأفعال المختلفة أولى ان تحصل على التخيير منها على التعارض وإنما يتصور التعارض أكثر ذلك في الفعل مع القول أو في القول مع القول .

المسئلة الرابعة ٤٠ اختلف العلماء في الجلسة الوسطى والآخرة فذهب الاكثر في الوسطى الى انها سنة وليست بفرض وشذ قوم فقالوا انها ليست بفرض وكذلك ذهب الجمهور في الجلسة الأخيرة الى أنها فرض وشذ قوم فقالوا انها ليست بفرض * والسبب في اختلافهم هو تعارض مفهوم الإحدى وقياس إحدى الجلستين على الثانية وذلك ان في حديث أبي هريرة المتقدم : اجلس حتى تطمئن جالساً فوجب الجلوس على ظاهر هذا الحديث في الصلاة كلها فمن أخذ بهذا قال ان الجلوس كله فرض ولما جاء في حديث ابن بريدة الثابت أنه عليه الصلاة والسلام أسقط الجلسة الوسطى ولم يحبرها وسجد لها وثبت عنه أنه أسقط ركعتين جبرهما وكذلك ركعة فهم الفقهاء من هذا الفرق بين حكم الجلسة الوسطى وحكم الركعة وكانت عندهم الركعة فرضاً باجماع فوجب ألا تكون الجلسة الوسطى فرضاً فهذا هو الذي أوجب ان فرق الفقهاء بين الجلستين ورأوا ان سجود السهو انما يكون للسنة دون الفروض ومن رأى انها فرض قال السجود للجلسة الوسطى شيء مخصوص دون سائر الفرائض وليس في ذلك

دليل على انها ليست بفرض . وأما من ذهب الى انها كليهما سنة فقياس الجلسة الأخيرة على الوسطى بعد ان اعتقد في الوسطى بالدليل الذي اعتقده الجمهور انها سنة فاذا السبب في اختلافهم هو في الحقيقة آيل الى معارضة الاستدلال لتظاهر القول وأظاهر الفعل فان من الناس أيضا من اعتقد ان الجلستين كليهما فرض من جهة ان أفعاله عليه الصلاة والسلام عنده الاصل فيها أن تكون في الصلاة محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك على ما تقدم فاذا ان الصلاة جميعا يقتضيان هاهنا ان الجلوس الاخير فرض ولذلك عليه أكثر الجمهور من غير أن يكون له معارض الا لقياس وأعني بالاصلين القول والعمل ولذلك أضعف الاقوال من رأى ان الجلستين سنة والله أعلم وثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان يضع كفه اليمنى على ركبته اليمنى وكفه اليسرى على ركبته اليسرى ويشير بأصبعه واتفق العلماء على أن هذه الهيئة من هيئة الجلوس المستحسنة في الصلاة واختلفوا في تحريك الاصابع لاختلاف الأثر في ذلك والثابت انه كان يشير فقط .

﴿ المسئلة الخامسة ﴾ اختلف العلماء في وضع اليدين احدهما على الاخرى في الصلاة فكره ذلك مالك في الفرض وأجازه في النفل ورأى قوم ان هذا الفعل من سنن الصلاة وهم الجمهور * والسبب في اختلافهم انه قد جاءت آثار ثابتة نقلت فيها صفة صلاته عليه الصلاة والسلام ولم ينقل فيها انه كان يضع يده اليمنى على اليسرى وثبت أيضا ان الناس كانوا يؤمرون بذلك وورد ذلك أيضا من صفة صلاته عليه الصلاة والسلام في حديث أبي حميد فرأى قوم ان الآثار التي أثبتت ذلك اقتضت زيادة على الآثار التي لم تنقل فيها هذه الزيادة وان الزيادة يجب أن يصار اليها ورأى قوم ان الأوجب المصير الى الآثار التي ليس فيها هذه الزيادة لانها أكثر ولوكون هذه ليست مناسبة لأفعال الصلاة وانما هي من باب الاستعانة ولذلك أجازه مالك في النفل ولم يحجزها في الفرض وقد يظهر من أمرها انها هيئة تقتضي الخضوع وهو الاولى بها .

﴿ المسئلة السادسة ﴾ اختار قوم اذا كان الرجل في وتر من صلاته ألا ينهض حتى يستوي قاعدا واختار آخرون ان ينهض من سجوده نفسه وبالاول قال الشافعي وجماعة وبالثاني قال مالك وجماعة * وسبب الخلاف ان في ذلك حديثين مختلفين ، أحدهما حديث مالك بن الحويرث الثابت أنه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي فاذا كان في وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوي قاعدا وفي حديث أبي حميد في صفة صلاته عليه الصلاة والسلام انه لما رفع رأسه من السجدة الثانية من الركعة الاولى قام ولم يتورك فأخذ بالحديث الاول الشافعي

وأخذ بالثاني مالك وكذلك اختلفوا اذا سجد هل يضع يديه قبل ركبته أو ركبته قبل يديه ومذهب مالك وضع الركبتين قبل اليدين * وسبب اختلافهم ان في حديث ابن حجر قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سجد وضع ركبته قبل يديه واذا نهض رفع يديه قبل ركبته وعن أبي هريرة ان النبي عليه الصلاة والسلام قال: اذا سجد أحدكم فلا يركع كما يركع البعير وليضع يديه قبل ركبته وكان عبد الله بن عمر يضع يديه قبل ركبته وقال بعض أهل الحديث حديث وائل بن حجر أثبت من حديث أبي هريرة .

المسئلة السابعة ﴿ اتفق العلماء على ان السجود يكون على سبعة أعضاء الوجه واليدين والركبتين وأطراف القدمين لقوله عليه الصلاة والسلام: أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء واختلفوا فيمن سجد على وجهه وتقصه السجود على عضو من تلك الأعضاء هل تبطل صلاته أم لا فقال قوم لا تبطل صلاته لان اسم السجود انما يتناول الوجه فقط وقال قوم تبطل ان لم يسجد على السبعة الأعضاء للحديث الثابت ولم يختلفوا ان من سجد على جبهته وأنه فقد سجد على وجهه * واختلفوا فيمن سجد على أحد هما فقال مالك ان سجد على جبهته دون أنه جاز وان سجد على أنه دون جبهته لم يحجز وقال أبو حنيفة بل يجوز ذلك وقال الشافعي لا يجوز الا ان يسجد عليهم جميعا * وسبب اختلافهم هل الواجب هو امتثال بعض ما ينطلق عليه الاسم أم كله وذلك ان في حديث النبي عليه الصلاة والسلام الثابت عن ابن عباس: أمرت أن أسجد على سبعة أعضاء فذكر منها الوجه فمن رأى ان الواجب هو بعض ما ينطلق عليه الاسم قال ان سجد على الجبهة أو الأنف أجزأه ومن رأى ان اسم السجود يتناول من سجد على الجبهة ولا يتناول من سجد على الأنف أجاز السجود على الجبهة دون الأنف وهذا كأنه تحديد للبعض الذي امتثاله هو الواجب مما ينطلق عليه الاسم وكان هذا على مذهب من يفرق بين أبعاض الشيء فرأى ان بعضها يقوم في امتثاله مقام الوجوب وبعضها لا يقوم مقامه فتأمل هذا فانه أصل في هذا الباب والالفاظ ان يقول انه ان مس من أنه الارض مثقال خردل ثم سجدوه وأما من رأى ان الواجب هو امتثال كل ما ينطلق عليه الاسم فالواجب عنده أن يسجد على الجبهة والأنف والشافعي يقول ان هذا الاحتمال الذي من قبل اللفظ قد أزاله فعله عليه الصلاة والسلام وبينه فانه كان يسجد على الأنف والجبهة لما جاء من انه انصرف من صلاة من الصلوات وعلى جبهته وأنه أثر الطين والماء فوجب أن يكون فعله مفسر للحديث الجميل قال أبو عمر وابن عبد البر وقد ذكر جماعة من الحفاظ حديث ابن عباس فذكر وافيه الأنف والجبهة (قال القاضي) أبو الوليد وذكر بعضهم الجبهة فقط

وكلا الروايتين في كتاب مسلم وذلك حجة لما لك . واختلفوا أيضاً هل من شرط السجود أن تكون يد الساجد بارزة وموضوعة على الذي يوضع عليه الوجه أم ليس ذلك من شرطه فقال مالك ذلك من شرط السجود أحسبه شرط تمامه وقالت جماعة ليس ذلك من شرط السجود ومن هذا الباب اختلافهم في السجود على طاقات العمامة وللناس فيه ثلاثة مذاهب قول بالمنع وقول بالجواز وقول بالفرق بين أن يسجد على طاقات يسيرة من العمامة أو كثيرة وقول بالفرق بين أن يمس من جهة الأرض شيء أو لا يمس منها شيء وهذا الاختلاف كله موجود في المذهب وعند فقهاء الأمصار وفي البخاري كانوا يسجدون على القلائس والعمائم واحتج من لم يبرأ باليد في السجود بقول ابن عباس أمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يسجد على سبعة أعضاء ولا تكفت ثوباً ولا شعراً وقياساً على الركبتين وعلى الصلاة في الخفين ويمكن أن يحسب بهذا العموم في السجود على العمامة .

المسئلة الثامنة : اتفق العلماء على كراهية الإقعاء في الصلاة لما جاء في الحديث من النهي أن يقى لرجل في صلاته كما يقى الكلب إلا أنهم اختلفوا فيما يدل عليه الاسم فبعضهم رأى أن الإقعاء المنهى عنه هو جلوس الرجل على اليتية في الصلاة ناصباً فحذبه مثل إقعاء الكلب والسبع ولا خلاف بينهم أن هذه الهيئة ليست من هيئات الصلاة وقوم رأوا أن معنى الإقعاء الذي نهى عنه هو أن يجعل اليتية على عقبه بين السجدين وأن يجلس على صدور قدميه وهو مذهب مالك لما روى عن ابن عمر أنه ذكر أنه إنما كان يفعل ذلك لأنه كان يشتكي قدميه وأما ابن عباس فكان يقول الإقعاء على القدمين في السجود على هذه الصفة هو سنة نبيكم خرج به مسلم * وسبب اختلافهم هو تردد اسم الإقعاء المنهى عنه في الصلاة بين أن يدل على المعنى اللغوي أو يدل على معنى شرعي أعني على هيئة خصها الشرع بهذا الاسم فمن رأى أنه يدل على المعنى اللغوي قال هو إقعاء الكلب ومن رأى أنه يدل على معنى شرعي قال إنما أراد بذلك إحدى هيئات الصلاة المنهى عنها ولما ثبت عن ابن عمر أن قعود الرجل على صدور قدميه ليس من سنة الصلاة سبق إلى اعتقاده أن هذه الهيئة هي التي أراد بالإقعاء المنهى عنه وهذا ضعيف فإن الاسماء التي لم تثبت لها معان شرعية يجب أن تحمل على المعنى اللغوي حتى يثبت لها معنى شرعي بخلاف الأمر في الاسماء التي تثبت لها معان شرعية أعني أنه يجب أن يحمل على المعاني الشرعية حتى يدل الدليل على المعنى اللغوي مع أنه قد عارض حديث ابن عمر في ذلك حديث ابن عباس .

﴿ الباب الثاني من الجملة الثالثة ﴾

وهذا الباب الكلام المحيطة بقواعد فيه فصول سبعة، أحدها في معرفة حكم صلاة الجماعة، والثاني في معرفة شروط الإمامة ومن أولى بالتقدم وأحكام الامام الخاصة به، الثالث في مقام المأموم من الامام والاحكام الخاصة بالمأومين، الرابع في معرفة ما يتبع فيه المأموم الامام بما ليس يتبعه، الخامس في صفة الاتباع، السادس فيما يحمله الامام عن المأمومين، السابع في الاشياء التي اذا فسدت لها صلاة الامام يتعدى التساوي الى المأمومين .

﴿ الفصل الاول ﴾

في هذا الفصل مستلطان، احدهما هل صلاة الجماعة واجبة على من سمع النداء أم ليست بواجبة، المسئلة الثانية اذا دخل الرجل المسجد وقد صلى هل يجب عليه أن يصلي مع الجماعة الصلاة التي قد صلاها أم لا .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ فان العلماء اختلفوا فيها فذهب الجمهور الى أنها سنة أو فرض على الكفاية وذهب الظاهرية الى أن صلاة الجماعة فرض متعين على كل مكلف * والسبب في اختلافهم تعارض مفهومات الآثار في ذلك وذلك ان ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: صلاة الجماعة أفضل صلاة الفرد بخمس وعشرين درجة أو بسبع وعشرين درجة يعطى ان الصلاة في الجماعة من جنس المندوب اليه وكانها كمال زائد على الصلاة الواجبة فكانه قال عليه الصلاة والسلام: صلاة الجماعة أكمل من صلاة المنفرد والكمال انما هو شيء زائد على الاجزاء وحديث الاعمى المشهور حين استأذنه في التخلف عن صلاة الجماعة لانه لا قائد له فرخص له في ذلك ثم قال له عليه الصلاة والسلام أسمع النداء قال نعم قال لا أجدرلك رخصة هو كالص في وجوبها مع عدم العذر خرجه مسلم ومما يقوى هذا حديث أبي هريرة المتفق على صحته وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: والذي نفسي بيده لقد هممت ان آمر بحطب فيحطب ثم أمر بالصلاة فيؤذن لها ثم أمر رجلاً فيؤم الناس ثم أخلف الى رجال فأحرق عليهم بيوتهم والذي نفسي بيده لو يعلم أحد هم انه يجد عظماء سعيماً أو مرتين حستين لشهد العشاء وحديث ابن مسعود وقال فيه: ان رسول الله صلى الله عليه وسلم علمنا سنن الهدى وان من سنن الهدى الصلاة في المسجد الذي يؤذن فيه وفي بعض رواياته ولو تركتم سنة نبيكم لضللتم فسال كل واحد من هذين الفريقين مسلك الجمع بتأويل حديث

مخالفة وصرفه الى ظاهر الحديث الذي تمسك به فاما أهل الظاهر فانهم قالوا ان المفاضلة لا يمنع
 أن تقع في الواجبات أنفسهم أي ان صلاة الجماعة في حق من فرضه صلاة الجماعة تفضل
 صلاة المنفرد في حق من سقط عنه وجوب صلاة الجماعة لمكان العذر بتلك الدرجات
 المذكورة قالوا وعلى هذا فلا تعارض بين الحديثين واحتجوا بذلك بقوله عليه الصلاة
 والسلام : صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم واما أولئك فزعموا انه يمكن أن يحمل
 حديث الأعمى على نداء يوم الجمعة اذ ذلك هو النداء الذي يجب على من سمعه الا تيان اليه
 باتفاق وهذا فيه بعد والله اعلم لان نص الحديث هو ان أباه ريرة قال : أتى النبي صلى الله عليه
 وسلم رجل أعمى فقال يا رسول الله انه ليس لي قائد يقودني الى المسجد فسأل رسول الله أن
 يرخص له فيصلي في بيته فرخص له فلما ولي دعاه فقال : هل تسمع النداء بالصلاة فقال نعم قال :
 فأجب وظاهر هذا يبعد أن يفهم منه نداء الجمعة مع ان الا تيان الى صلاة الجمعة واجب على
 من كان في المصر وان لم يسمع النداء ولا أعرف في ذلك خلافا وعارض هذا الحديث أيضاً
 حديث عتيان بن مالك المذكور في الموطأ وفيه ان عتيان بن مالك كان يؤم وهو أعمى وانه قال
 لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه تكون الظلمة والمطر والسيول وأنا رجل ضراب البصر فصل
 يا رسول الله في بيتي مكانا اتخذهم صلى فجاءه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أين تحب ان
 أصلي فأشار له الى مكان من البيت فصلى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فان الذي دخل المسجد وقد صلى لا يخلو من أحد وجبين إما أن
 يكون صلى منفرداً وإما أن يكون صلى في جماعة فان كان صلى منفرداً فقال قوم بعيد معهم كل
 الصلوات الا المغرب فقط ومن قال بهذا القول مالك وأصحابه وقال أبو حنيفة بعيد الصلوات
 كلها الا المغرب والعصر وقال الاوزاعي الا المغرب والصبح وقال أبو ثور الا العصر والتعجيل
 وقال الشافعي بعيد الصلوات كلها وانما اتفقوا على ايجاب إعادة الصلاة عليه بالجملة لحديث
 بشر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين دخل المسجد ولم يصل معه :
 مالك لم تصل مع الناس أأنت برجل مسلم فقال بلى يا رسول الله ولكني صليت في أهلي فقال
 عليه الصلاة والسلام اذا جئت فصل مع الناس وان كنت قد صليت فاختلف الناس لاحتمال
 تخصيص هذا العموم بالتيسر او بالدليل فمن حمله على عموميه أوجب عليه إعادة الصلوات
 كلها وهو مذهب الشافعي وأما من استثنى من ذلك صلاة المغرب فقط فانه خصص العموم
 بقياس الشبه وهو مالك رحمه الله وذلك انه زعم ان صلاة المغرب هي وتر فلو أعيدت لأشبهت
 صلاة الشفع التي ليست بوتر لانها كانت تكون بمجموع ذلك ست ركعات فكانها كانت

تنتقل من جنسها الى جنس جـ صلاة أخرى وذلك بجعل لها وهذا القياس فيه ضعيف لان
السلام قد فصل بين الأوتار واتمسك بالعموم أقوى من الاستثناء بهذا النوع من القياس
وأقوى من هذا ما نقله الكوفيون من انه اذا أعادها يكون قد أوتر مرتين وقد جاء في الأثر
لا وتران في ليلة . وأما أبو حنيفة فانه قال ان الصلاة الثانية تكون له تملأ فان أعاد العصر يكون
قد تنزل بعد العصر وقد جاء النهي عن ذلك فخصص العصر بهذا القياس والمغرب بانها وتر وتر
لا يعاد وهذا قياس جيد ان سلم ظم الشافعي ان الصلاة الاخيرة لم تملأ وأما من فرق بين العصر
والصبح في ذلك فلانهم يختلف الآثار في النهي عن الصلاة بعد الصبح واختلعت في الصلاة
بعد العصر كما تقدم وهو قول الاوزاعي . وأما اذا صلى في جماعة فهل يعيد في جماعة أخرى
فأكثر الفقهاء على انه لا يعيد منهم مالك وأبو حنيفة وقال بعضهم بل يعيد ومن قال بهذا القول
أحمد وداود وأهل الظاهر * والسبب في اختلافهم تعارض مفهوم الآثار في ذلك وذلك انه
ورد عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : لا تصلي صلاة في يوم مرتين وروى عنه انه أمر الذين
صلوا في جماعة ان يعيدوا مع الجماعة الثانية وأيضاً فان ظاهر حديث بسر يوجب الاعداد
على كل متصل اذا جاء المسجد فان قوته قوة العموم والاكثر على انه اذا ورد العام على سبب
خاص لا يقتصر به على سببه وصلاة معاذ مع النبي عليه الصلاة والسلام ثم كان يؤم فومه في
تلك الصلاة فيه دليل على جواز اعادة الصلاة في الجماعة فذهب الناس في هذا إلى ان مذهب
الجمع ومذهب الترجيح أما من ذهب مذهب الترجيح فانه أخذ بمعوم قوله عليه
الصلاة والسلام : لا تصلي صلاة واحدة في يوم مرتين ولم يستثن من ذلك الا صلاة المنفرد
فقط لوقوع الاتفاق عليها . وأما من ذهب مذهب الجمع فقالوا ان معنى قوله عليه الصلاة
والسلام : لا تصلي صلاة في يوم مرتين انما ذلك أن لا يصلي الرجل الصلاة الواحدة بعينها
مرتين يعتقد في كل واحدة منهما انه فرض بل يعتقد في الثانية انها زائدة على الفرض ولكنه
مأمور بها وقال قوم بل معنى هذا الحديث انما هو للمنفرد أعني أن لا يصلي الرجل
المنفرد صلاة واحدة بعينها مرتين .

﴿ الفصل الثاني ﴾

(وفي هذا الفصل مسائل أربع)

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلفوا في من أولى بالامامة فقال مالك يؤم القوم أفتهم لا أقرؤهم
وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة والثوري وأحمد يؤم القوم أقرؤهم * والسبب في هذا

الاختلاف اختلافيهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله فان كانوا في القراءة سواء فأعلمهم بالسنة فان كانوا في السنة سواء فأقدمهم هجرة فان كانوا في الهجرة سواء فأقدمهم اسلاما ولا يؤم الرجل الرجل في سلطانه ولا يقعد في بيته على تكريمه الا باذنه وهو حديث متفق على صحته لكن اختلف العلماء في مفهومه فمنهم من حمله على ظاهره وهو أضعف ومنهم من فهم من الأقرأها هنا الأفتة لا نه زعم ان الحاجة الى الفتة في الامامة أمس من الحاجة الى القراءة وأيضا فان الأقرأمن الصحابة كان هو الأفتة ضرورة وذلك بخلاف ما عليه الناس اليوم .

(المسئلة الثانية) : اختلف الناس في امامة الصبي الذي لم يبلغ الحلم اذا كان قارئا فأجاز ذلك قوم اعموم هذا الاثر وحديث عمرو بن سلمة انه كان يؤم قومه وهو صبي ومنع ذلك قوم مطلقا وأجاز دقوم في العمل ولم يحجزوه في القرية وهو مروى عن مالك * وسبب الخلاف في ذلك هل يؤم أحد في صلاة غير واجبة عليه من وجبت عليه وذلك لا اختلاف فيه الا امام والمأموم .

(المسئلة الثالثة) : اختلفوا في امامة الفاسق فردها قوم باطلاق وأجازها قوم باطلاق وفرق قوم بين أن يكون فسقه منطوعا له أو غير منطوع به فقالوا ان كان فسقه منطوعا به أعاد الصلاة المصلي وراءه أبدأ وان كان منطوعا استحبت له الا عاده في الوقت وهذا الذي اختاره الإيمري تأولا على المذهب ومنهم من فرق بين أن يكون فسقه بتأويل أو يكون بغير تأويل مثل الذي يشرب الميثون يتأول أقوال أهل العراق فأجازوا الصلاة وراءه المتأول ولم يحجزوها وراء غير المتأول * وسبب اختلافهم في هذا انه شئ مسكوت عنه في التسرع والقياس فيه متعارض فمن رأى ان الفسق لما كان لا يبطل صحة الصلاة ولم يكن يحتاج المأموم من امامه الى صحة صلاته فقط على قول من يرى ان الامام يحمل عن المأموم أجاز امامة الفاسق ومن قاس الامامة على الشهادة وانهم الفاسق أن يكون يصلي صلاة فاسدة كما ينهم في الشهادة أن يكذب لم يحجز امامته ولذلك فرق قوم بين أن يكون فسقه بتأويل أو بغير تأويل والى قريب من هذا يرجع من فرق بين أن يكون فسقه منطوعا به أو غير منطوع به لانه اذا كان منطوعا به فكأنه غير معذور في تأويله . وقد رام أهل الظاهر أن يحجزوا امامة الفاسق بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : يؤم القوم أقرؤهم قالوا لم يستثن من ذلك فاستأمن غير فاسق والاحتجاج بالعموم في غير المتصود ضعيف ومنهم من فرق بين أن يكون فسقه في شروط صحة الصلاة أو في أمور خارجة عن الصلاة بناء على ان الامام انما يشترط فيه وقوع صلاته صحيحة .

في المسئلة الرابعة : اختلقتوا في إمامة المرأة فجمعوا على انه لا يجوز أن تقوم الرجل
واختلعتوا في إمامة النساء فجاز ذلك الشافعي ومنع ذلك مالك وشهد أبو ثور والطبري فأجازا
إمامتها على الاضلاقي وانما اتفق الجمهور على منعها أن تقوم الرجل لانه لو كان جائزاً لنقل ذلك
عن الصدر الاول ولانه أيضاً لما كانت سنتين في الصلوة والتأخير عن الرجل علم انه ليس
يجوز لمن التقدم عليهم بقوله عليه الصلاة والسلام : أخر ومن حيث أخر عن الله ولذلك أجاز
بعضهم إمامتها النساء كن متساويات في المرتبة في الصلاة مع انه أيضاً نقل ذلك عن بعض
الصدر الاول ومن أجاز إمامتها فأتى ذهب الى ما رواه أبو داود ومن حديث أم ورقة أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم كان يزورها في بيتها وجعل لها مؤذناً يؤذن لها وأمرها أن تقوم أهل دارها
وفي هذا الباب مسائل كثيرة أعنى من اختلاف فهم في الصفات المشترطة في الإمام تركنا
ذكرها لكرهاها مسكرنا عنها في الشرع .

(قال القاضي) وقد عدنا في هذا الكتاب اثنا عشر المسائل المسبوقة أو ماله تعلق قريب
بالسهموع . وأما أحكام الإمام الخاصة به فإن في ذلك أربعة مسائل متعلقة بالسهموع ، أحدها
هل يؤمن الإمام إذا فرغ من قراءة أم القرآن أم المأموم هو الذي يؤمن فقط ، والثانية متى يكبر
تكبيرة الإحرام ، والثالثة إذا ارتج عليه هل يفتح عليه أم لا ، والرابعة هل يجوز أن يكون
موضعه أرفع من موضع المأمومين .

فأما هل يؤمن الإمام إذا فرغ من قراءة أم الكتاب فن مالك الكاذهب في رواية ابن القاسم
عنه والمصريين انه لا يؤمن وذهب جمهور الفقهاء الى انه يؤمن كالمأموم سواء وهى رواية المدنيين
عن مالك : وسبب اختلافهم ان في ذلك حديثين متعارضين الظاهر ، أحدهما حديث أبي
هريرة المتفق عليه في الصحيح أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا أمن الإمام
فأموا ، والحديث الثانى ما أخرجه مالك عن أبي هريرة أيضاً أنه قال عليه الصلاة والسلام : إذا
قال الإمام غير المغضوب عليهم ولا الضالين فقولوا آمين . فاما الحديث الاول فهو نص في
تأمين الإمام وأما الحديث الثانى فيستدل منه على ان الإمام لا يؤمن وذلك انه لو كان يؤمن
لأمر المأموم بالتأمين عند انقراء من أم الكتاب قبل أن يؤمن الإمام لان الإمام كما قال عليه
الصلاة والسلام : انما جعل الإمام ليؤتم به الا أن يخص هذا من أقوال الإمام أعنى أن يكون
للمأموم أن يؤمن معه أو قبله فلا يكون فيه دليل على حكم الإمام في التأمين ويكون انما تضمن
حكم المأموم فقط لكن الذى يظهر ان مالكاً ذهب مذهب الترجيح للحديث الذى رواه
الكون السامع هو المأموم لا الداعي وذهب الجمهور لترجيح الحديث الاول لكونه نصاً ولانه

ليس فيه شيء من حكم الامام وانما الخلاف بينه وبين الحديث الآخر في موضع تأمين المأموم فقط لا في هل يؤمن الامام أولا يؤمن فتأمل هذا ويمكن أيضاً أن يتأول الحديث الاول بان يقال ان معنى قوله : فاذا آمن فأمّنوا أى فاذا بلغ موضع التأمين وقد قيل ان التأمين هو الدعاء وهذا عدول عن الظاهر لشيء غير مفهوم من الحديث الا بقياس أعنى ان يفهم من قوله فاذا قال غير المغضوب عليهم ولا الضالين فأمّنوا انه لا يؤمن الامام .

وأما متى ~~يجزى~~ الامام فان قوماً قالوا لا يكبر الا بعد تمام الاقامة واستواء الصفوف وهو مذهب مالك والشافعي وجهاء وقوم قالوا ان موضع التكبير هو قبيل أن يتم الاقامة واستحسنوا تكبيره عند قول المؤذن قد قامت الصلاة وهو مذهب أبي حنيفة والثوري وزفر * وسبب الخلاف في ذلك تعارض ظاهر حديث أس وحديث بلال . أما حديث أس فتال اقبل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل أن يكبر في الصلاة فقال : أقيموا صفوفكم وتراصوا فاني أراكم من وراء ظهري وظاهر هذا ان الكلام منه كان بعد الفراغ من الاقامة مثل ما روى عن عمر انه كان اذا تمت الاقامة واستوت الصفوف حينئذ يكبر . وأما حديث بلال فانه روى انه كان يقيم للنبي صلى الله عليه وسلم وكان يقول له يا رسول الله لا تسبني بآمين خرج الطحاوي قالوا هذا يدل على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يكبر والاقامة لم تتم .

وأما اختلافهم في الفتح على الامام اذا ارتج عليه فان مالكا والشافعي وأكثر العلماء أجازوا الفتح عليه ومنع ذلك الكوفيون ، وسبب الخلاف في ذلك اختلاف الآثار وذلك انه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : تردد في آية فلما انصرف قال ابن أبي سلمة لم يكن في انقوم أى يريد الفتح عليه وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : لا يفتح على الامام والخلاف في ذلك في الصدر الاول وان منع مشهور عن علي والجواز عن ابن عمر مشهور .

وأما موضع الامام فان قوماً أجازوا أن يكون أرفع من موضع المأمومين وقوم منعوا ذلك وقوم استحبوا من ذلك اليسير وهو مذهب مالك وسبب الخلاف في ذلك حديثان متعارضان ، أحدهما الحديث الثابت انه عليه الصلاة والسلام : أم الناس على المنبر ليعلمهم الصلاة وانه كان اذا أراد أن يسجد نزل من على المنبر ، والثاني ما رواه أبو داود : ان حذيفة أم الناس على دكان فاخذ ابن مسعود بقميصه فجذبه فلما فرغ من صلاته قال ألم تعلم انهم كانوا ينهون عن ذلك أو ينهي عن ذلك .

وقد اختلفوا هل يجب على الامام أن يتوهم الامامة أم لا فذهب قوم الى انه ليس ذلك
بواجب عليه لحديث ابن عباس : انه قام الى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد دخوله
في الصلاة ورأى قوم أن هذا محتمل وانه لا بد من ذلك اذا كان يحمل بعض افعال الصلاة عن
المؤمنين وهذا على مذهب من يرى أن الامام يحمل قرصاً أو ثقل عن المؤمنين .

﴿ الفصل الثالث ﴾

(في مقام المأموم من الامام وأحكام المأموم الخاصة به وفي هذا الباب خمس مسائل)
المسألة الاولى ﴿ جمهور العلماء على أن سنة الواحد المنفرد أن يقوم عن يمين الامام
لثبوت ذلك من حديث ابن عباس وغيره واهم ان كانوا ثلاثة سوى الامام قاموا وراءه
واختلفوا اذا كانوا اثنين سوى الامام فذهب مالك والشافعي الى انها يقيمون خلف الامام
وقال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون بل يقوم الامام بينهما والسبب في اختلافهم أن في ذلك
حديثين متعارضين ، أحدهما حديث جابر بن عبد الله قال : قمت عن يسار رسول الله صلى
الله عليه وسلم فخذ بيدي فإدارني حتى أقامني عن يمينه ثم جاء جبار بن صخر فتوضأ ثم جاء
فقام عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذ بأيدينا جميعاً فدفعنا حتى قمنا خلفه ،
والحديث الثاني حديث ابن مسعود : انه صلى بعلقةمة والأسود فقام وسطهما وأسنده الى النبي
صلى الله عليه وسلم قال أبو عمر واختلف رواة هذا الحديث فبعضهم أوقفه وبعضهم أسنده
والصحيح انه موقوف . واما ان سنة المرأة أن تقف خلف الرجل أو الرجال ان كان هناك
رجل سوى الامام أو خلف الامام ان كانت وحدها فلا أعلم في ذلك خلافاً لثبوت ذلك من
حديث أس الذي خرجه البخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى به وبأمه أو خلفه قال
وقمني عن يمينه وأقام المرأة خلفه والذي خرجه عنه أيضاً مالك انه قال فصفت أنا واليتيم
وراءه عليه الصلاة والسلام والعجوز من ورائنا وسنة الواحد عند الجمهور أن يقف عن يمين
الامام لحديث ابن عباس حين بات عند ميونة وقال قوم بل عن يساره ولا خلاف في ان المرأة
الواحدة تصلي خلف الامام واهما ان كانت مع الرجل صلى الرجل الى جانب الامام والمرأة
خلفه .

المسألة الثانية ﴿ أجمع العلماء على أن الصف الاول مرغ فيه وكذلك تراص الصفوف
وتسويتها لثبوت الامر بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا اذا صلى انسان
خلف الصف وحده فالجمهور على أن الصلاة تحيزي وقال أحمد وابو ثور وجماعة الصلاة فأسدة

وبسبب اختلاف فهم اختلاف فهم في تصحيح حديث وابصة ومخالفة العمل له وحديث وابصة هو ابد قال عليه الصلاة والسلام: لا صلاة لتأتهم خلف الصف وكان الشافعي يرى أن هذا يعارضه قيام العجز وحدها خلف الصف في حديث أس وكان احمد يقول ليس في ذلك حجة لان سمة النساء هي القيام خاب الرجال وكان أحمد يكاملها بتصحيح حديث وابصة وقال غيره هو مضطرب الاسناد لا تقوم به حجة واجتجح الجمهور بحديث أبي نكرة: انه ركع دون الصف علم بأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم باعاده وقل له: زادك الله حرصاً ولا تعد ولو حمل هذا على الدب لم يكن تعارض أعني بين حديث وابصة وحديث أبي نكرة .

المسئلة الثالثة ﴿﴾ اختلف الصدر الاول في الرجل يريد الصلاة فيسمع الإقامة هل يسرع المشي الى المسجد أم لا مخافة ان يفوته جزء من الصلاة وروى عن عمرو بن عمرو وابن مسعود انه سمعوا المشي اذا سمعوا الإقامة وروى عن زيد بن ثابت وابي ذر وغيرهم من الصحابة انهم كانوا لا يرون السعي بل ان تؤتى الصلاة بوقار وسكينة وهذا القول قال فقهاء الامصار لحديث أبي هريرة الثابت: اذا ثوب بالصلاة فلا تأتوها وانتم تسعون وانوها وعليكم السكينة ويشبهه أن يكون سبب الخلاف في ذلك انه لم يبلغهم هذا الحديث أو رأوا أن الكتاب يعارضه لقوله تعالى (فاستبقوا الخيرات) وقوله (والسائقون السائقون أولئك المقربون) وقوله (سارعوا الى مفقره من ربكم) وبالجملة فأصول الشرع تشهد بالمبالغة الى الخير لاكن اذا صح الحديث وجب ان تستثنى الصلاة من بين سائر أعمال القرب .

المسئلة الرابعة ﴿﴾ متى يستحب أن يقام الى الصلاة فمعظم استحسان البدء في أول الإقامة على الاصل في التعريف في المسارعة وبعض عند قوله قد قامت الصلاة وبعضهم عدح على الفلاح وبعضهم قال حتى روى الامام وبعضهم لم يحسد في ذلك حداً كمالك رضي الله عنه فانه وكل ذلك الى قدر طاقة الناس وليس في هذا شئ من مسهوع الاحديث أبي قتادة انه قال عليه الصلاة والسلام : اذا قامت الصلاة فلا تقوموا حتى تروني فان صح هذا وجب العمل به والا فالمسئلة باقية على اصلها المعقوعه أعني انه ليس فيها شرع وانه متى قام كل فحسن .

المسئلة الخامسة ﴿﴾ ذهب مالك وكثير من العلماء الى أن الداخل وراء الامام اذا خاف فوات الركعة بان يرفع الامام رأسه منها ان تمدى حتى يصل الى الصف الاول ان له أن يركع دون الصف الاول ثم يدبراً كما وكرد ذلك الشافعي وفرق أبو حنيفة بين الجماعة والواحد فكرهه للواحد وأجازه للجماعة وما ذهب اليه مالك مروي عن زيد بن ثابت وابن

مهمود... وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث أبي بكره وهو اندخل المسجد
ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بالناس وهم ركوع فركع ثم سعى الى الصف فلما
انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من الساعي قال ابو بكره انا قال: زادك الله حرصاً
ولا تعد .

الفصل الرابع في معرفة ما يجب على المأموم أن يتبع فيه الامام ؛

وأجمع العلماء على انه يجب على المأموم أن يتبع الامام في جميع أقواله وأفعاله الا في قوله سمع الله
لمن حمده وفي جلوسه اذا صلى جالساً لمرض عند من أجاز إمامة الجالس . وأما اختلافهم في
قوله سمع الله لمن حمده فان طائفة ذهبوا الى ان الامام يقول اذا رفع رأسه من الركوع سمع الله
لمن حمده فقط ويقول المأموم ربنا ولك الحمد فقط ومن قال هذا القول مالك وأبو حنيفة
وغيرهما وذهب طائفة أخرى الى أن الامام والمأموم يقولان جميعاً سمع الله لمن حمده ربنا
ربك الحمد وان المأموم يتبع فيها معاً الامام كسائر التكبير سواء . وقدرى عن ابى حنيفة
ان الممرد والامام يقولانها جميعاً ولا خلاف في المنفرد أعنى انه يقولهما جميعاً * وسبب
لاختلاف في ذلك حديثان متعارضان ، أحدهما حديث أنس أن النبي عليه الصلاة
والسلام قال : انما جعل الامام ليؤتم به فاذا ركع فاركعوا واذا رفع فارفعوا واذا قال سمع الله لمن
حمده فتقولوا ربنا ولك الحمد ، والحديث الثاني حديث ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم كان اذا
افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه واذا رفع رأسه من الركوع رفعهما كذلك أيضاً وقال
سمع الله لمن حمده ربنا ولك الحمد من رجع مفهوم حديث أنس قال لا يقول المأموم سمع الله لمن
حمده ولا الامام ربنا ولك الحمد وهو من باب دليل الخطاب لانه جعل حكم المسكوت عنه
بخلاف حكم المنطوق به ومن رجع حديث ابن عمر قال يقول الامام ربنا ولك الحمد ويجب
على المأموم أن يتبع الامام في قوله سمع الله لمن حمده لعموم قوله : انما جعل الامام ليؤتم به ومن
جمع بين الحديثين فرق في ذلك بين الامام والمأموم والحق في ذلك ان حديث أنس يقتضى
بدليل الخطاب ان الامام لا يقول ربنا ولك الحمد وان المأموم لا يقول سمع الله لمن حمده
وحديث ابن عمر يقتضى نصاً أن الامام يقول ربنا ولك الحمد فلا يجب ان يترك النص بدليل
الخطاب فان النص أقوى من دليل الخطاب وحديث أنس يقتضى بعمومه أن المأموم يقول
سمع الله لمن حمده لعموم قوله : انما جعل الامام ليؤتم به وبدليل خطابه ان لا يقولها فوجب
ان يرجح بين العموم ودليل الخطاب ولا خلاف أن العموم أقوى من دليل الخطاب لكن
العموم يختلف أيضاً في القوة والضعف ولذلك ليس يبعد أن يكون بعض أدلة الخطاب

أقوى من بعض أدلة العموم فالمسئلة لعمرى اجتهادية أعنى فى المأموم .

وأما المسئلة الثانية فكأنه صلى الله عليه وسلم فرضاً قاعداً إذا كان منفرداً أو اماماً لقوله تعالى (وقوموا لله قانتين) واختلوا إذا كان المأموم صحيحاً فصلّى خلف إمام مريض يصلى قاعداً على ثلاثة أقوال ، أحدها أن المأموم يصلى خلفه قاعداً أو بمن قال هذا القول أحمد وأسحق ، والقول الثانى أنهم يصلون خلفه قياماً قال أبو عمرو بن عبد البر وعلى هذا جماعة فقهاء الامصار الشافعى وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه وأهل الظاهر وأبو ثور وغيرهم وزاد هؤلاء فقالوا يصلون وراءه قياماً وإن كان لا يقوى على الركوع والسجود بل يومئ أيماءه . وروى ابن القاسم أنه لا يجوز امامة القاعد وأنه ان صلاوا خلفه قياماً أو قعوداً بطلت صلاتهم وقد روى عن مالك أنهم يعيدون الصلاة فى الوقت وهذا إيمانى على الكراهة لا على المنع والاّول هو المشهور عنه * وسبب الاختلاف تعارض الآثار فى ذلك ومعارضة العمل للآثار أعنى عمل أهل المدينة عند مالك وذلك ان فى ذلك حديثين متعارضين ، أحدهما حديث أنس : وهو قوله عليه الصلاة والسلام : وإذا صلى قاعداً فصلوا قعوداً وحديث عائشة فى معناه وهو أنه صلى الله عليه وسلم وهو شاكٍ جالساً وصلى وراءه قوم قياماً فأشار إليهم أن اجلسوا فلما انصرف قال إنما جعل الإمام ليؤتم به فإذا ركع فاركعوا وإذا رفع فارفعوا وإذا صلى جالساً فصلوا جلوساً ، والحديث الثانى حديث عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج فى مرضه الذى توفى منه فأتى المسجد فوجد أنكر وهو قائم يصلى بالناس فاستأخر أبو بكر فأشار إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم أن كما انت تخلص رسول الله صلى الله عليه وسلم الى جنب انى بكر فكان أبو بكر يصلى بصلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان الناس يصلون بصلاة أبي بكر فذهب الناس فى هذين الحديثين مذهبين مذهب السخ ومذهب الترجيح . فأما من ذهب مذهب النسخ فانهم قالوا ان ظاهر حديث عائشة وهو أن السخ عليه الصلاة والسلام كان يؤم الناس وإن أبى بكر كان مسمعاً لأنه لا يجوز أن يكون اماماً فى صلاة واحدة وإن الناس كانوا قياماً وأن النبي صلى الله عليه وسلم كان جالساً فوجب أن يكون هذا من فعله عليه الصلاة والسلام اذ كان آخر فعله ناسخاً لقوله وفعله المتقدم . وأما من ذهب الترجيح فانهم رجحوا حديث أنس بان قالوا ان هذا الحديث قد اضطربت الرواية عن عائشة فيه فمعنى كان الامام هل رسول الله صلى الله عليه وسلم أو أبو بكر وأما مالك فليس له مستند من السماع لان كلا الحديثين انتقما على جواز امامة القاعد وإنما اختلفا فى قيام المأموم أو قعوده حتى انه لقد قال أبو محمد بن حزم

انه ليس في حديث عائشة أن الناس صلوا لاقياماً ولا قعوداً وليس يجب ان يترك المنصوص عليه لشيء لم ينص عليه قال ابو عمرو وقد ذكر ابو المصعب في مختصره عن مالك انه قال لا يؤم الناس أحد قاعد أفن أمهم قاعد أفسدت صلاتهم وصلاته لان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يؤمن أحد بعدى قاعد أقل أبو عمرو وهذا حديث لا يصح عند اهل العلم بالحديث لانه يروى بجابر الجعفي مرسل وليس بحجة فيما اسند كيف فيما أرسل وقد روى ابن القاسم عن مالك انه كان يحتج بعمار واهل ربيعة بن أبي عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وهو مريض فكان أبو بكر هو الامام وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بصلاة أبي بكر وقال : ماتت نبي حتى يؤم رجل من امته وهذا ليس فيه حجة الا ان يتوهم انه ائتم ماى نكر لانه لا تجوز صلاة الامام القاعد وهذا ظن لا يجب ان يترك له النص مع ضعف هذا الحديث .

﴿ الفصل الخامس في صفة الاتباع ﴾

وفيه مسئلتان ، أحدهما في وقت تكبيرة الاحرام للماموم ، والثانية في حكم من رفع رأسه قبل الامام . أما اختلافهم في وقت تكبير الماموم فان ما الكا استحسن ان يكبر بعد فراغ الامام من تكبيرة الاحرام قال وان كرمعه أجزاء وقد قيل انه لا يحزئه وأما ان كبر قبله فلا يحزئه وقال أبو حنيفة وغيره يكرم مع تكبيرة الامام فان فرغ قبله لم يحزئه وأما الشافعي فعنه في ذلك روايتان ، إحداهما مثل قول مالك وهو الاشهر ، والثانية ان الماموم نكر قبل الامام أجزاء * وسبب الخلاف ان في ذلك حديثين متعارضين ، أحدهما قوله عليه الصلاة والسلام : فادا كرفكروا ، والثاني ما روى انه عليه الصلاة والسلام كبر في صلاة من الصلوات ثم اشار اليهم ان امكثوا فذهب ثم رجع وعلى رأسه اثم الماء فظاهر هذا ان تكبيره وقع بعد تكبيرهم لانه لم يكن له تكبير أولاً لمكان عدم الطهارة وهو أيضاً مبني على أصله في أن صلاة الماموم غير مرتبطة بصلاة الامام والحديث ليس فيه ذكر هل استأثروا بالتكبير أو لم يستأثروا فليس ينبغي ان يجعل على أحدهما الابتوقيف والاصل هو الاتباع وذلك لا يكون الا بعد ان يتقدم الامام إماماً بالتكبير واما بافتتاحه وأما من رفع رأسه قبل الامام فان الجمهور يرون انه اساء ولكن صلاته جائزة وانه يجب عليه أن يرجع فيتبع الامام وذهب قوم الى أن صلاته تبطل للوعيد الذي جاء في ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام : أما يخاف الذي يرفع رأسه قبل الامام أن يحول الله رأسه رأس حمار .

﴿ الفصل السادس ﴾

واتفقوا على أنه لا يحمل الامام عن الماموم شيئاً من فرائض الصلاة ما عدا القراءة فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال ، أحدها ان الماموم يقرأ مع الامام فيما أسرفه ولا يقرأ معه فيما جهر به ، والثاني انه لا يقرأ معه أصلاً ، والثالث انه يقرأ فيما أسرأ الكتاب وغيرها وفيما جهر أم الكتاب فقط وبعضهم فرق في الجهر بين ان يسمع قراءة الامام أولاً يسمع فأوجب عليه القراءة اذ لم يسمع ونهاه عنها اذ سمع وبالأول قال مالك الا انه يستحسن له القراءة فيما أسرفه الامام والثاني قال أبو حنيفة والثالث قال الشافعي والفرقة بين ان يسمع أولاً يسمع هو قول احمد بن حنبل * والسبب في اختلافهم اختلاف الاحاديث في هذا الباب وبناء بعضها على بعض وذلك ان في ذلك أربعة أحاديث ، أحدها قوله عليه الصلاة والسلام : لا صلاة الا بقراءة الكتاب وما ورد من الاحاديث في هذا المعنى مما قد ذكرناه في باب وجوب القراءة ، والثاني ما روى مالك عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال هل قرأتمى منكم أحداً نقأ فقال رجل نعم اني انا رسول الله فقال رسول الله : اني أقول مالي أمان ع القرآن فانتهى الناس عن القراءة فيما جهر فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والثالث حديث عبادة بن الصامت قال : صلى بنا رسول الله صلاة الغداة فثقلت عليه القراءة فلما انصرف قال : اني لأراكم تقرؤن وراء الامام قلنا نعم قال فلا تفعلوا الا بأم القرآن قال أبو عمر وحديث عبادة بن الصامت هذا من رواية مكحول وغيره متصل السند صحيح ، والحديث الرابع حديث جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام قال : من كان له امام فمراءة له قراءة وفي هذا أيضاً حديث خامس صححه احمد بن حنبل وهو ما روى انه قال عليه الصلاة والسلام : اداقرأ الامام فاصتوا فاختلف الناس في وجه جمع هذه الاحاديث فمن الناس من استثنى من النهي عن القراءة فيما جهر فيه الامام قراءة أم القرآن فقط على حديث عبادة بن الصامت ومنهم من استثنى من عموم قوله عليه الصلاة والسلام : لا صلاة الا بقراءة الكتاب الماموم فقط في صلاة الجهر لمكان النهي الوارد عن القراءة فيما جهر فيه الامام في حديث أبي هريرة وكذلك بظاهر قوله تعالى (واذا قرأ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون) قالوا وهذا انما ورد في الصلاة ومنهم من استثنى

القراءة الواجبة على المصلي المأموم فقط سراً كانت الصلاة أوجبر أو جعل الوجوب التوارد في القراءة في حق الامام والمشرّد فقط مصيراً الى حديث جابر وهو مذهب أبي حنيفة فصار عنده حديث جابر مختصاً بقوله عليه الصلاة والسلام : «اقرأ ما تيسر منك فقط» لانه لا يرى وجوب قراءة أم القرآن في الصلاة وانما يرى وجوب القراءة مطلقاً على ما تقدم وحديث جابر يبرر ود مرفوعاً لا جابر الجعفي ولا حجة في شيء مما ينقريه قال ابو عمرو وهو حديث لا يصح الا مرفوعاً عن جابر .

﴿الفصل السابع﴾

واشتقوا على انه اذا طرأ عليه الحدث في الصلاة فقطع ان صلاة المأمومين ليست تفسد واختلفوا اذا صلى بهم وهو جنب وعلموا بذلك بعد الصلاة فقال قوم صلاتهم تحيضة وقال قوم صلاتهم فاسدة وفرق قوم بين ان يكون الامام عالماً بجنبته أو ناسياً لها فقالوا ان كان عالماً ففسدت صلاتهم وان كان ناسياً لم تفسد صلاتهم وبالأول قال الشافعي والثاني قال ابو حنيفة والثالث قال مالك . وسبب اختلافهم هل صحة انعقاد صلاة المأموم مرتبطة بصحة صلاة الامام ام ليست مرتبطة فمن لم يرها مرتبطة قال صلاتهم جائزة ومن رآها مرتبطة قال صلاتهم فاسدة ومن فرق بين السهو والعمد قصد الى ظاهر الأثر المتقدم وهو انه عليه الصلاة والسلام كبر في صلاة من الصلوات ثم اشار اليهم ان امكثوا فذهب ثم رجع وعلى جسمه أثر الماء فن ظاهر هذا انهم بنوا على صلاتهم والشافعي يرى انه لو كانت الصلاة مرتبطة للزم ان يبدؤا بالصلاة مرة ثانية .

﴿الباب الثالث من الجملة الثالثة﴾

والكلام المحيط بقواعده هذا الباب منحصر في أربعة فصول ، الفصل الاول في وجوب الجمعة وعلى من تجب ، الثاني في شروط الجمعة ، الثالث في أركان الجمعة ، الرابع في أحكام الجمعة .

﴿الفصل الأول في وجوب الجمعة ومن تجب عليه﴾

أما وجوب صلاة الجمعة على الاعيان فهو الذي عليه الجمهور ليكونها بدلاً من واجب وهو الظهر ولظاهر قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا

الى ذكر الله وذروا البيع) والا مري على الوجوب ولقوله عليه الصلاة والسلام : لينتهين اقوام عن ودعهم اجتماعات أولي تخفن الله على قلوبهم وذهب قوم الى انها من فروض الكفايات وعن مالك رواية شاذة اهما سنة * والسبب في هذا الاختلاف تشبيهها بصلاة العيد لقوله عليه الصلاة والسلام : ان هذا يوم جعله الله عيداً . وأما على من تجب فعلى من وجدت فيه شروط وجوب الصلاة المتقدمة ووجد فيه زائد أعليها أربعة شروط اثنان باتفاق واثنان مختلف فيهما . أما المنتفق عليهما فالذكورة والصحة فلا تجب على امرأة ولا على مريض باتفاق ولكن ان حضروا كانوا من أهل الجمعة ، وأما المختلف فيهما فهما المسافر والعبد فالجمهور على انه لا تجب عليهما الجمعة وداود وأصحابه على انه تجب عليهما الجمعة * وسبب اختلاف فهم اختلاف فهم في صحة الأثر الوارد في ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام : الجمعة حق واجب على كل مسلم في حماسة الا اربعة عبد مملوك أو امرأة أو صبي أو مريض وفي أخرى الاحسنة وفيه أو مسافر والحديث لم يصح عند أكثر العلماء .

(الفصل الثاني في شروط الجمعة)

وأما شروط الجمعة فاتفقوا على انها شروط الصلاة المقررة بعينها أعني الثمانية المتقدمة ماعدا الوقت ، والاذان فانهم اختلفوا فيهما وكذلك اختلفوا في شروطها المختصة بهما . أما الوقت فان الجمهور على أن وقتها وقت الظهر بعينه أعني وقت الزوال وانها لا تجوز قبل الزوال وذهب قوم الى انه يجوز أن تصلي قبل الزوال وهو قول احمد بن حنبل * والسبب في هذا الاختلاف الاختلاف في مفهوم الآثار الواردة في تعجيل الجمعة مثل ما خرجه البخاري عن سهل بن سعد انه قال : ما كنا نتعدى بعهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نقيل الا بعد الجمعة ومثل ما روى انهم كانوا يصلون وينصرفون ومالك جدران إظهار فن فهم من هذه الآثار الصلاة قبل الزوال أجاز ذلك ومن لم يفهم منها الا التبرك ففقط لم يحز ذلك ائالا تعارض الاصول في هذا الباب وذلك انه قد ثبت من حديث انس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم : كان يصلي الجمعة حين تميل الشمس وايضا فانها لما كانت بدلا من الظهر وجب أن يكون وقتها وقت الظهر فوجب من طريق الجمع بين هذه الآثار ان تحمل تلك على التبرك اذ ليست بصلاة قبل الزوال وهو الذي عليه الجمهور . وأما الاذان فان جمهور الفقهاء اتفقوا على أن وقته هو إذا جالس الامام على المنبر . واختلفوا هل يؤذن بين يدي الامام مؤذن واحد فقط أو أكثر من واحد فذهب بعضهم الى انه انما يؤذن بين يدي الامام مؤذن واحد فقط وهو الذي يحرم به البيع والشراء وقال آخرون بل

يؤذن اثنان فتعطفون قوم بل انما يؤذن ثلاثة . والسبب في اختلاف افهم اختلاف الآثار في ذلك وذلك انه روى البخاري عن السائب بن يزيد انه قال: كان النداء يوم الجمعة اذا جلس الامام على المنبر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث على الزوراء وروى ايضا عن السائب بن يزيد انه قال لم يكن يوم الجمعة لرسول الله صلى الله عليه وسلم الا مؤذن واحد وروى ايضا عن سعيد بن المسيب انه قال كان الاذان يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر اذا نما واحد احين يخرج الامام فلما كان زمان عثمان وكثر الناس فزاد الاذان الاول لينها الناس للجمعة وروى ابن حبيب أن المؤذنين كانوا يوم الجمعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة فذهب قوم الى نواحر ما رواه البخاري وقالوا يؤذن يوم الجمعة مؤذنان وذهب آخرون الى ان المؤذن واحد فقالوا ان معنى قوله فلما كان زمان عثمان وكثر الناس زاد النداء الثالث أن النداء الثاني هو الاقامة وأخذ آخرون بما رواه ابن حبيب وأحاديث ابن حبيب عند أهل الحديث ضعيفة ولا سيما فيما انفرد به . وأما شروط الوجوب والصحة المختصة بيوم الجمعة فتفق الكل على أن من شرطها الجماعة واختلفو في مقدار الجماعة ففهم من قال واحد مع الامام وهو انطهرى ومنهم من قل اثنان سوى الامام ومنهم من قال ثلاثة دون الامام وهو قول ابى حنيفة ومنهم من اشترط أربعين وهو قول الشافعي وأحمد وقال قوم ثلاثين ومنهم من لم يشترط عدد أول لكن رأى انه يجوز بما دون الاربعين ولا يجوز بالثلاثة والاربعة وهزم مذهب مالك وحدهم باهم الدين يمكن ان تتقرب بهم قرية * وسبب اختلاف افهم في هذا اختلاف افهم في اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع هل ذلك ثلاثة أو أربعة أو اثنان وهل الامام داخل فيهم أم ليس بداخل فيهم وهل الجمع المشترط في هذه الصلاة هو اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع أو ما ينطلق عليه اسم الجمع في غالب الاحوال وذلك هو اكثر من الثلاثة والاربعة فن ذهب الى ان الشرط في ذلك هو اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع وكان عنده ان اقل ما ينطلق عليه اسم الجمع اثنان فان كان ممن يعد الامام في الجمع المشترط في ذلك قال تقوم الجمعة باثنين الامام وواحد ثان وان كان ممن لا يرى ان يعد الامام في الجمع قال تقوم باثنين سوى الامام ومن كان أيضا عنده ان اقل الجمع ثلاثة فن كان لا يعد الامام في جملة من قال بثلاثة سوى الامام وان كان ممن يعد الامام في جملة من وافق قول من قل اقل الجمع اثنان ولم يعد الامام في جملة من وافق ما ينطلق عليه في الاكثر والعرف المستعمل اسم الجمع قال لا نعتقد بالاثنتين ولا بالاربعة ولم يحد في ذلك حداً ولما كان من شرط الجمعة الاستيطان عنده حد هذا الجمع بالفرد من الناس الذين يمكنهم أن

يسكنوا على حدة من الناس وهو مالك رحمه الله وأمان اشتراط الاربعين فقصيراً الى ما روى ان هذا العدد كان في أول جمعة صليت بالناس فهذا هو أحد شروط صلاة الجمعة أعني شروط الوجوب وشروط الصحة فان من الشروط ما هي شروط وجوب فقط ومنها ما يجمع الأمرين جميعاً أعني انها شروط وجوب وشروط صحة . وأما الشرط الثاني وهو الاستيطان فان فتهاه الامصارا تفتوا عليه لا تفاقهم على أن الجمعة لا تجب على مسافر وخالف في ذلك اهل الظاهر لا يجابهم الجمعة على المسافر واشتراط أنوحيفة المصر والسفطان مع هذا ولم يشترط العدد . وسبب اختلافهم في هذا الباب هو الاحتمال المتطرق الى الاحوال الاربعة التي اقترنت بهذه الصلاة عند فعلها ايها صلى الله عليه وسلم هل هي شرط في صحتها أو وجوبها أم ليست بشرط وذلك انهم يصليها صلى الله عليه وسلم الا في جماعة ومصر ومسجد جامع فمن رأى أن اقتران هذه الاشياء بصلاته مما يوجب كونها شرطاً في صلاة الجمعة اشتراطها ومن رأى بعينها دون بعض اشتراط ذلك البعض دون غيره كاشتراط مالك المسجد وتر كدا اشتراط المصر والسفطان ومن هذا الموضع اختلفوا في مسائل كثيرة من هذا الباب مثل اختلافهم هل تقام جمعتان في مصر واحد أولاً تمام . والسبب في اختلافهم في اشتراط الاحوال والافعال المتقترنة بها هو كون بعض تلك الاحوال أشد مناسبة لافعال الصلاة من بعض ولذلك اتفقوا على اشتراط الجماعة اذا كان معلوماً من الشرع انها حال من الاحوال الموجودة في الصلاة ولم ير مالك المصر ولا السلطان شرطاً في ذلك لكونه غير مناسب لافعال الصلاة ورأى المسجد شرطاً لكونه أقرب مناسبة حتى لتد اختلف المتأخرون من اصحابه هل من شرط المسجد السقف أم لا وهل من شرطه ان تكون الجمعة راتبة فيه أم لا وهذا كله لعله تعمق في هذا الباب ودين الله سر ولذا نل أن يقول ان هذه لو كانت شروطاً في صحة الصلاة لما جاز أن يسكت عنها عليه الصلاة والسلام ولا ان يترك بيانها لقوله تعالى (لتبين للناس ما نزل إليهم) ولقوله تعالى (ولتبين لهم الذي اختلفوا فيه) والله المرشد للصواب .

الفصل الثالث في الاركان في

اتفق المسلمون على أنها خطبة وركتان بعد الخطبة واختلفوا من ذلك في خمس مسائل هي قواعد هذا الباب

المسئلة الاولى في الخطبة هل هي شرط في صحة الصلاة وركن من أركانها أم لا فذهب الجمهور الى انها شرط وركن وقال أقوام انها ليست بفرض وجمهور اصحاب مالك على

ام. افرض الابن ان يجشون. وسبب اختلافهم هو هل الاصل ان لا يركع من احوال كل
ما اقترن بهذه الصلاة أن يكون من شروطها أولا يكون من رأى ان الخطبة حال من الاحوال
المتخصصة بهذه الصلاة وبخاصة اذا توجهوا ما عارض من الركعتين اللتين تنقسمان من هذه الصلاة
قال انها ركن من أركان هذه الصلاة وشرط في حتمها ومن رأى ان المنصوص منها هو الموعظة
المنصوصة من سائر الخطب رأى انها ليست شرطا من شروط الصلاة وانما وقع الخلاف
هذه الخطبة هل هي فرض أم لا لكونها رابعة من سائر الخطب وقد احتج قوم لوجوبها بقوله
تعالى (فاسعوا الى ذكر الله) وقالوا هو الخطبة.

المسئلة الثامنة : واختلف الذين قالوا بوجوبها في التدرج الحزبي منها فقال ابن الداسم هو
أقل ما ينطلق اسم خطبة في كلام العرب من الكلام المؤلف المبتدأ بحمد الله وقال الشافعي
أقل ما يحزى من ذلك خصلتان اثنان يكون في كل واحدة منهما قائما يفصل احدهما من
الآخرى بجملة خفيفة بحمد الله في كل واحدة منهما في أولها ويصلى على النبي ويوصي
بتقوى الله وقرأت من القرآن في الاولى ويدعو في الآخرة. والسبب في اختلافهم هو
هل يحزى من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي أو الاسم الشرعي فمن رأى أن الحزبي
أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي لم يشترط فيها شيئا من الاقوال التي نقلت عنه صلى الله عليه
وسلم فيها ومن رأى أن الحزبي من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم الشرعي اشترط فيها أصول
الاقوال التي نقلت من خطبه صلى الله عليه وسلم أعني الاقوال الرابطة الغير مبدئية. والسبب
في هذا الاختلاف أن الخطبة التي نقلت عنه فيها أقوال رابطة وغير رابطة فمن اعتبر الاقوال الغير
رابطة وعلب حكمها قال يكفي من ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم اللغوي أعني اسم خطبة عند
العرب ومن اعتبر الاقوال الرابطة وعلب حكمها قال لا يحزى من ذلك إلا أقل ما ينطلق عليه
اسم الخطبة في عرف الشرع واستعمانه وليس من شرط الخطبة عند مالك الجلوس وهو شرط
كما نقله عند الشافعي وذلك انه من اعتبر المعنى المعتول منه من كونه استراحة للخطيب لم يجعله
شرطا ومن جعل ذلك عبادة جعله شرطا.

المسئلة التاسعة : اختلفوا في الانصات يوم الجمعة والامام يخطب على ثلاثة أقوال، فمنهم
من رأى أن الانصات واجب على كل حال وانه حكم لا يزم من أحكام الخطبة وهم الجمهور
مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل وجميع فقهاء الامصار وهؤلاء انقسموا ثلاثة
أقسام فمعضهم أجاز التسميت ورد السلام في وقت الخطبة وبه قال الثوري والاوزاعي
وغیرهم وبعضهم لم يحز رد السلام ولا التسميت وبعض فرق بين السلام والتسميت فقالوا

برد السلام ولا يشمت والقول الثاني مقابل القول الاول وهو أن الكلام في حال الخطبة جائز
 الا في حين قراءة القرآن فيها وهو مروي عن الشعبي وسعيد بن جبير وابراهيم النخعي والقول
 الثالث الفرق بين أن يسمع الخطبة أولا يسمعها فإن سمعها أصحت وان لم يسمع جازله أن
 يسح أو يتكلم في مسألة من العلم وقد قال احمد وعطاء وجماعة والجمهور على انه ان تكلم لم تقصد
 صلاته وروى عن ابن وهب انه قال من لغا فصلا به ظهر اربع واعصار الجمهور لوجوب
 الاصات لحديث أنى هريرة أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: اذا قلت لصاحبك أوصت
 يوم الجمعة والامام يخطب فتدلعوب وأمان لم يوجبه فلا أعلم لهم شبهة الا أن يكون يرون أن
 هذا الامر قد عارضه دليل الخطاب في قوله تعالى (واذا قرأ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا
 لعلكم ترحمون) أى أن ما عدا القرآن فليس يجب له الاصات وهذا فيه ضعف والله
 أعلم والاشبه أن يكون هذا الحديث لم يصلهم « وأما اخلاصهم في رد السلام رتسميت
 العاطس فالسبب فيه تعارض عموم الامر بذلك لعموم الامر بالاصات واحتمال ان يكون
 كل واحد منهما مستثنى من صاحبه من استثنى من عموم الامر بالصمت يوم الجمعة الامر
 بالسلام والتشمت أجازهما ومن استثنى من عموم الامر بالسلام والتشمت الامر
 بالصمت في حين الخطبة لم يحزد ذلك ومن فرق فيه استثنى رد السلام من النهي عن التكلم
 في الخطبة واستثنى من عموم الامر التشميت وقت الخطبة واعادها واحد واحد من
 هؤلاء الى واحد واحد من هذه المستثنيات لما علق على طئه من قوة العموم في أحدها
 وضعفه في الآخر وذلك ان الامر بالصمت هو عام في الكلام خاص في الوقت والامر
 بالسلام والتشميت هو عام في الوق خاص في الكلام من استثنى الزمان الخاص
 من الكلام العام لم يحز رد السلام ولا التشميت في وقت الخطبة ومن استثنى الكلام
 الخاص من النهي عن الكلام العام أحاد ذلك والصواب ألا يصار لاستثناء أحد العمومين
 بأحد الخصوصين الا بدليل فان عسر ذلك فالطريق ترجيح العمومات والخصوصات
 وترجيح تأكيد الاوامر والقول في تمصيل ذلك بطول ولكن معرفة ذلك بإيجاز أنه
 ان كانت الاوامر قوتها واحدة والعمومات والخصوصات قوتها واحدة ولم يكن هما لك
 دليل على أى يستثنى من أى وقع التمايع ضرورة وهذا يدل وجوده وان لم يكن فوجه الترجيح
 في العمومات والخصوصات الواضحة في أمثال هذه المواضع هو النظر الى جميع أقسام السبب
 الواقعة بين الخصوصين والعمومين وهي أربع عمومات في مرتبة واحدة من القوة
 وخصوصان في مرتبة واحدة من القوة هذا لا يصار لاستثناء أحد هما الا بدليل، الثاني مقابل

هذا وهو خصوص في نهاية القوة وعموم في نهاية الضعف فهذا يجب أن يصار إليه ولا بد أعني أن يستثنى من العموم الخصوص، الثالث خصوصاً في مرتبة واحدة وأحد العمومين أضعف من الثاني فهذا ينبغي أن يخص فيه العموم الضعيف، الرابع عموم في مرتبة واحدة وأحد الخصوصين أقوى من الثاني فهذا يجب أن يكون الحكم فيه للخصوص القوي وهذا كنه إذا تساوت الأوامر فيها في مفهوم التأكيد فإن اختلفت حدثت من ذلك تراكيب مختلفة ووجبت المتباينة أيضاً بين قوة الألفاظ وقوة الأوامر وأمر انضباط هذه الأشياء قيل إن كل محتمد مصيب أو أقل ذلك غير مأثور .

(المسئلة الرابعة) : اختلفوا في حايوم الجمعة والامام على المنبر هل يركع أم لا فذهب بعض الى أنه لا يركع وهو مذهب مالك وذهب بعضهم الى أنه يركع * والسبب في اختلافهم معارضة القياس لعموم الأمر وذلك ان عموم قوله عليه الصلاة والسلام : اذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين يوجب ان يركع الداخل في المسجد يوم الجمعة وان كان الامام يخطب والامر بالا نصات الى الخطيب يوجب دليله ألا يستغل بتي عما يستغل عن الانصات وان كان عبادة ويؤيد عموم هذا الاثر ما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام : اذا جاء أحدكم المسجد والامام يخطب فليركع ركعتين خفيقتين خرجه مسلم في بعض رواياته وأكثر رواياته أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر الرجل الداخل ان يركع ولم يقل اذا جاء أحدكم الحديث فيتطرق الى هذا الخلاف في هل تقبل زيادة الراوي الواحد اذا خالفه أصحابه عن الشيخ الاول الذي اجتمعوا في الرواية عنده أم لا فن تحت الزيادة ووجب العمل بها فنهاض في موضع الخلاف وانص لا يجب أن يعارض بالقياس لكن تشبه أن يكون الذي راعاه مالك في هذا هو العمل

(المسئلة الخامسة) : أكثر القمباء على ان من سنة القراءة في صلاة الجمعة قراءة سورة الجمعة في الركعة الاولى لما سكر ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام وذلك انه خرج مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : كان يقرأ في الركعة الاولى بالجمعة وفي الثانية بماذا جاء له الله فترن وروى مالك ان الضحالك بن قيس سأل النعمان بن بشير ماذا كان يقرأه رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الجمعة على أثر سورة الجمعة قال كان يقرأ بل أناك حديث الغاشية واستحب مالك العمل على هذا الحديث وان قرأه بسبح اسم ربك الاعلى كان حسناً لا يروى عن عمر بن عبد العزيز وأما ابو حنيفة فلم يفتق فيها شيئاً * والسبب في اختلافهم معارضة حال العمل للقياس وذلك ان القياس يوجب ألا يكون لها سورة راتبة كالحال في سائر الصلوات ودليل الفعل يقتضي أن يكون لها سورة راتبة (قال القاضي) خرج مسلم عن

النعمان بن بشير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في العيدين وفي الجمعة بسبح اسم ربك الأعلى وهل أنك حديث العائشة قال فاذا اجتمع العيد والجمعة في يوم واحد قرأ بهما في الصلاتين وهذا يدل على أنه ليس هنالك سورة راتبة وإن الجمعة ليس كان يقرأ بها دائماً .

(الفصل الرابع في أحكام الجمعة)

وفي هذا الباب أربع مسائل ، الأولى في حكم طهر الجمعة ، الثانية على من تجب من خارج المصر ، الثالثة في وقت الرواح المرغب فيه إلى الجمعة ، الرابعة في جواز البيع يوم الجمعة بعد النداء .
المسألة الأولى : اختلفوا في طهر الجمعة فذهب الجمهور إلى أنه سنة وذهب أهل الظاهر إلى أنه فرض ولا خلاف فيما أعلم أنه ليس شرطاً في صحة الصلاة * والسبب في اختلافهم تعارض الآثار وذلك أن في هذا الباب حديث أبي سعيد الخدري وهو قوله عليه الصلاة والسلام : طهر يوم الجمعة واجب على كل محتلم كطهر الجنابة وفيه حديث عائشة قالت : كان الناس عمال أنفسهم فيروحون إلى الجمعة بهيئتهم قتيلوا غتسلهم والاول صحيح باتفاق والثاني خرجه أبو داود ومسلم وظاهر حديث أبي سعيد يقتضي وجوب الغسل وظاهر حديث عائشة أن ذلك كان لموضع النظافة وأنه ليس عبادة وقد روى : من توضأ يوم الجمعة فيها ونعمت ومن اغتسل فالغسل أفضل وهو نص في سقوط فرضيته إلا أنه حديث ضعيف .

وأما وجوب الجمعة على من هو خارج المصر فإن قوماً قالوا لا تجب على من خارج المصر وقوم قالوا بل تجب وهؤلاء اختلفوا اختلافاً كثيراً فذهب من قال من كان بينه وبين الجمعة مسيرة يوم وجب عليه الاتيان إليها وهو شاذ ومنهم من قال يجب عليه الاتيان إليها على ثلاثة أميال ومنهم من قال يجب عليه الاتيان من حيث يسمع النداء في الأغلب وذلك من ثلاثة أميال من موضع النداء وهذا القولان عن مالك وهذه المسئلة ثبتت في شروط الوجوب * وسبب اختلافهم في هذا الباب اختلاف الآثار وذلك أنه ورد أن الناس كانوا يأتون الجمعة من البوادي في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وذلك ثلاثة أميال من المدينة وروى أبو داود أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : الجمعة على من سمع النداء وروى : الجمعة على من آواه الليل إلى أهله وهو أثر ضعيف .

وأما اختلافهم في الساعات التي وردت في فضل الرواح وهو قوله عليه الصلاة والسلام : من راح في الساعة الأولى فكأنما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً ومن راح في الساعة الرابعة فكأنما

قرب دجاجة ومن راح في الساعة الخامسة فكانا قرب بيضة فان الشافعي وجماعة من العلماء اعتقدوا أن هذه الساعات هي ساعات النهار فندبو الى الرواح من أول النهار وذهب مالك الى انها أجزاء ساعة واحدة قبل الزوال وبعده وقال قوم هي أجزاء ساعة قبل الزوال وهو الاظهر لوجوب السعي بعد الزوال الاعلى مذهب من يرى ان الواجب يدخله التضييلة .
وأما اختلافهم في البيع والشراء وقت النداء فان قوماً قالوا يفسخ البيع اذا وقع وقت النداء وقوماً قالوا لا يفسخ . وبسبب اختلافهم هل النهي عن الشيء الذي أصله مباح اذا تنهى بصفة يعود نفسا المنهى عنه أم لا . وآداب الجمعة ثلاث الطيب والسواك واللباس الحسن ولا خلاف فيه لورود الآثار بذلك .

باب الرابع في صلاة السفر

وهذا الباب فيه فصلان ، الفصل الاول في القصر الفصل الثاني في الجمع

الفصل الاول في القصر

والسفر له تأخير في القصر باتفاق وفي الجمع باختلاف . اما القصر فانه اتفق العلماء على جوار قصر الصلاة للمسافر الا قول شاذ وهو قول عائشة . وهو أن القصر لا يجوز الا للخائف لقوله تعالى ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا وقالوا ان النبي عليه الصلاة والسلام لم يما قصر لانه كان خائفاً . واختلفوا من ذلك في خمسة مواضع . أحدها في حكم القصر . والثاني في المسافة التي يجب فيها القصر . والثالث في السفر الذي يجب فيه القصر . والرابع في الموضع الذي يبدأ منه المسافر بالتقصير . والخامس في مقدار الزمان الذي يجوز للمسافر فيه اذا أقام في موضع أن يقصر الصلاة .

فاما حكم القصر فانهم اختلفوا فيه على أربعة أقوال فمنهم من رأى أن القصر هو فرض المسافر المتعين عليه ومنهم من رأى أن القصر والاتمام كلاهما فرض مخير له كالخيار في واجب الكفارة ومنهم من رأى ان القصر سنة ومنهم من رأى انه رخصة وان الاتمام أفضل والقول الاول قال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون بأسرهم أعني انه فرض متعين وبالثاني قال بعض أصحاب الشافعي وبالثالث أعني أنه سنة قال مالك في أشهر الروايات عنه وبالرابع أعني أنه رخصة قال الشافعي في أشهر الروايات عنه وهو المتصور عند أصحابه * والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المعقول لصيغة اللفظ المنقول ومعارضة دليل الفعل ايضاً للمعنى

المعتول والصيغة اللفظ المنقول وذلك ان المفهوم من قصر الصلاة للمسافر انما هو الرخصة لموضع المشتة كما رخص له في الفطر وفي أشياء كثيرة ويؤيد هذا حديث يعلى بن أمية قال قلت لأمير: انما قال الله (ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) يريد في قصر الصلاة في السفر فقال عمر عجب مما عجبتم منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتني عنه فقال صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته ففهم هذا الرخصة وحديث أبي قلابة عن رجل من بني عامر أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي: ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة وهما في الصحيح وهذا كله يدل على التخفيف والرخصة وربع الحرج لان القصر هو الواجب ولا أنه سنة وأما الازال الذي يعارض بصيغته المعنى المعتول ومفهوم هذه الآثار حديث عائشة الثابت باتفاق قالت: فرضت الصلاة ركعتين ركعتين فأقربت صلاة السفر وزيد في صلاة الحضر واماديل الفعل الذي يعارض المعنى المعتول ومفهوم الازال المنقول فانه ما نقل عنه عليه الصلاة والسلام من قصر الصلاة في كل استناده وأنه لم يصح عنه عليه الصلاة والسلام انه أم الصلاة قط فن ذهب الى أنه سنة أو واجب بخير فانما حمله على ذلك انه لم يصح عنده ان النبي عليه الصلاة والسلام أم الصلاة وما هذا شأنه فقد يجب أن يكون أحد الوجهين أعني اما واجباً محيراً واما أن يكون سنة واما ان يكون فرضاً معيناً لكن كونه فرضاً معيناً يعارضه المعنى المعتول وكونه رخصة يعارضه اللفظ المنقول فوجب أن يكون واجباً محيراً أو سنة وكان هذا نوعان طريق الجمع وقد اعتلوا الحديث عائشة بالمشهور عنهما من أنها كانت تم وروى عطاء عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم: كان تم الصلاة في السفر ويقتصر ويصوم ويفطر ويؤخر الظهر ويعجل العصر ويؤخر المغرب ويعجل العشاء ومما يعارضه أيضاً حديث أسى وأبي نعيم المكي قال: اصطحب أخاب محمد صلى الله عليه وسلم فكان بعضهم يتم وبعضهم يقتصر وبعضهم يصوم وبعضهم يفطر فلا يعيب هؤلاء على هؤلاء ولا هؤلاء على هؤلاء ولم يختلف في أعمام الصلاة عن عثمان وعائشة فهذا هو اختلافهم في الموضع الاول .

وأما اختلافهم في الموضع الثاني وهي المسافة التي يجوز فيها القصر فان العلماء اختلفوا في ذلك أيضاً اختلافًا كثيراً فذهب مالك والشافعي وأحمد وجماعة كثيرة الى أن الصلاة تقتصر في أربعة برد وذلك مسيرة يوم بالسير الوسط . وقال أبو حنيفة وأصحابه والكوفيون أقل ما تقتصر فيه الصلاة ثلاثة أيام وان القصر انما هو لمن صار من افاق الى افاق وقال أهل الظاهر القصر في كل سفر قريباً كان أو بعيداً والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المعتول من ذلك اللفظ وذلك

ان المعقول من تأثير السفر في القصر انه لمكان المشقة الموجودة فيه مثل تأثيره في الصوم واذا كان الامر على ذلك فيجب القصر حيث المشقة وأما من لا يراعى في ذلك الا اللفظ فقط فقد اوافقنا النبي عليه الصلاة والسلام: ان الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة فكل من انطلق عليه اسم مسافر جازله القصر والقطر وأيدوا ذلك بما رواه مسلم عن عمر بن الخطاب أن النبي عليه الصلاة والسلام: كان يقصر في نحو السبعة عشر ميلاً. وذهب قوم الى خامس كما قلنا وهو ان القصر لا يجوز الا للخائف لقوله تعالى (ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) وقد قيل انه مذهب عائشة وقالوا ان النبي انما قصر لانه كان خائفاً وأما اختلاف أولئك الذين اعتبروا المشقة فسببه اختلاف الصحابة في ذلك وذلك ان مذهب الاربعة يرد مروى عن ابن عمر وابن عباس رواه مالك ومذهب الثلاثة أيام مروى أيضاً عن ابن مسعود وعثمان وغيرهما .

واما الموضع الثالث وهو اختلافهم في نوع السفر الذي تقصر فيه الصلاة فرأى بعضهم ان ذلك متمصور على السفر المتقرب به كالحج والعمرة والجهاد ومن قال بهذا القول أحمد ومنهم من اجازه في السفر المباح دون سفر المعصية وبهذا القول قال مالك والشافعي ومنهم من اجازه في كل سفر قرينة كان أو مباحاً ومعصية وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري وأبو ثور . والسبب في اختلافهم معارضة المعنى المعقول أو ظاهر اللفظ لدليل الفعل وذلك ان من اعتبر المشقة أو ظاهر لفظ السفر لم يفرق بين سفر وسفر وأما من اعتبر دليل الفعل قال انه لا يجوز الا في السفر المتقرب به لان النبي عليه الصلاة والسلام لم يقصر قط الا في سفر متقرب به ، وأما من فرق بين المباح والمعصية فعلى جهة التغليظ والا صل فيه هل يجوز الرخص للعصاة أم لا وهذه مسألة عارض فيها اللفظ المعنى فاختلف الناس فيه لذلك .

واما الموضع الرابع وهو اختلافهم في الموضع الذي منه يبدأ المسافر بقصر الصلاة فان مالكاً قال في الموطأ لا يقصر الصلاة الذي يريد السفر حتى يخرج من بيوت القرية ولا يتم حتى يدخل أول بيوتها وقد روى عنه انه لا يقصر اذا كانت قرية جامعة حتى يكون منها بنحو ثلاثة أميال وذلك عنده اقصى ما تجب فيه الجمعة على من كان خارج المصر في إحدى الروايتين عنه وبالتول الاول قال الجمهور . والسبب في هذا الاختلاف معارضة مفهوم الاسم لدليل الفعل وذلك انه اذا شرع في السفر فقد انطلق عليه اسم مسافر فمن راعى مفهوم الاسم قال اذا خرج من بيوت القرية قصر ومن راعى دليل الفعل أعنى فعله

عليه الصلاة والسلام قال لا يتصر الا اذا خرج من ميوت القرية بثلاثة أميال لما صح من حديث أنس قال كان النبي صلى الله عليه وسلم : اذا خرج مسيرة ثلاثة أميال أو ثلاثة فراسخ سبعة الشاك صلى ركعتين .

واما اختلافهم في الزمان الذي يجوز للمسافر اذا أقام فيه في بلد أن يتصرف باختلاف كثير حكى فيه أبو عمر نحو من أحد عشر قولاً الا ان الأشهر منها هو ما عليه فقهاء الامصار ولهم في ذلك ثلاثة أقوال . أحدها مذهب مالك والشافعي انه اذا ازمع المسافر على إقامة أربعة أيام أو ثمانية . والثاني مذهب أبي حنيفة وسفيان الثوري انه اذا ازمع على إقامة خمسة عشر يوماً ، والثالث مذهب أحمد وداود انه اذا ازمع على أكثر من أربعة أيام أو ثمانية أو سبعة . وسبب الخلاف انه أمر مسكوت عنه في الشرع والقياس على التحديد ضعيف عند الجميع ولذلك رام هؤلاء كلهم ان يستدلوا المذهب من الاحوال التي نقلت عنه عليه الصلاة والسلام أنه أقام فيها مقصراً أو انه جعل لها حكم المسافر . فالفرق الاول احتجوا المذهب بما روى انه عليه الصلاة والسلام أقام بمكة ثلاثاً يتصرف في عمرته وهذا ليس فيه حجة على انه النهاية للتقصير وانما فيه حجة على انه يتصرف في الثلاثة فادونها . والفرق الثاني احتجوا المذهب بما روى : انه أقام بمكة عام الفتح مقصراً وذلك نحو ما من خمسة عشر يوماً في بعض الروايات وقد روى سبعة عشر يوماً وثمانية عشر يوماً وتسعة عشر يوماً رواه البخاري عن ابن عباس وبكل قال فريق . والفرق الثالث احتجوا بمقامه في حجة بمكة مقصراً أو أربعة أيام وقد احتجت المالكية لمذهبها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للمهاجر مقام ثلاثة أيام بمكة بعد قضاء نسكه فدل هذا عندهم على ان إقامة ثلاثة أيام ليست تسلب عن المقيم فيها اسم السفر وهي النسكة التي ذهب الجميع اليها وراموا استنباطها من فعله عليه الصلاة والسلام أعني متى يرتفع عنه بقصد الإقامة اسم السفر ولذلك اتفقوا على انه ان كانت الإقامة مدّة لا يرتفع فيها عنه اسم السفر بحسب رأي واحد منهم في تلك المدّة وعاقبه عائق عن السفر انه يتصرف أبداً وان أقام ما شاء الله ومن راعى الزمان الاقل من مقامه تأول مقامه في الزمان الاكثر مما ادعاه خصمه على هذه الجهة فقالت المالكية مثلاً ان الخمسة عشر يوماً التي أقامها عليه الصلاة والسلام عام الفتح انما أقامها وهو أبداً ينوي انه لا يقيم أربعة أيام وهذا بعينه يلزمهم في الزمان الذي حدوه والاشبه بالاجتهاد في هذا أن يسلك أحد أمرين إما أن يجعل الحكم لاكثر الزمان الذي روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه أقام فيه مقصراً أو يجعل ذلك حداً من جهة ان الاصل هو الاتمام فوجب

ألا يزداد على هذا الزمان الابدليل أو يقول ان الاصل في هذا هو أقس الزمان الذي وقع عليه
الاجماع وما ورد من أنه عليه الصلاة والسلام اقام مقتصرأ أكثر من ذلك الزمان فيحتمل أن
يكون أقمه لانه جازل للمسافر ويحتمل أن يكون أقمه بنية الزمان الذي تجوز اقامته فيه مقتصرأ
باتفاق فعرض له ان أقام أكثر من ذلك واذا كان الاحتمال وجب التمسك بالاصل وأقل
ما قيل في ذلك يوم وليلة وهو قول ربيعة بن أبي عبد الرحمن وروى عن الحسن البصري
ان المسافر يقتصر أبدأ إلا ان يقدم مصرأ من الامصار وهذا بناء على ان اسم السفر واقع عليه
حتى يقدم مصرأ من الامصار فهذا أمهات المسائل التي تتعلق بالقصر .

﴿ الفصل الثاني في الجمع ﴾

واما الجمع فانه يتعلق به مسائل ثلاثة ، أحدها جوازه ، والثانية في صفة الجمع ، والثالثة في
مبيحات الجمع .

اما جوازه فانهم أجمعوا على ان الجمع بين الظهر والعصر في وقت الظهر بعرفة سنة . وبين
المغرب والعشاء بالمزدلفة أيضاً في وقت العشاء سنة أيضاً واختلفوا في الجمع في غير هذين
المكانين فاجازه الجمهور على اختلاف بينهم في المواضع التي يجوز فيها من التي لا يجوز ومنعه
أبو حنيفة وأصحابه باطلاق . وسبب اختلافهم أولاً اختلافهم في تأويل الآثار التي رويت
في الجمع والاستدلال منها على جواز الجمع لانها كلها افعال وليست اقوالا والافعال يتطرق
الاحتمال اليها كثيراً أكثر من تطرقه الى اللفظ وثانياً اختلافهم أيضاً في تصحيح بعضها وثالثاً
اختلافهم أيضاً في اجازة القياس في ذلك فنبى ثلاثة أسباب كما ترى . اما الآثار التي اختلفوا في
تأويلها . فمنها حديث أنس الثابت باتفاق أخرجه البخاري ومسلم قال كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم : اذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر الى وقت العصر ثم نزل فجمع بينهما فان
زاعت الشمس قبل أن يرتحل صلى الظهر ثم ركب ومنها حديث ابن عمر أخرجه الشيخان
أيضاً قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا عجل به السير في السفر يؤخر المغرب حتى
يجمع بينهما وبين العشاء والحديث الثالث حديث ابن عباس . أخرجه مالك ومسلم قال : صلى
رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر جميعاً والمغرب والعشاء جميعاً في غير خوف ولا
سفر فذهب القائلون بجواز الجمع في تأويل هذه الاحاديث الى انه أخر الظهر الى وقت العصر
المختص بها وجمع بينهما وذهب الكوفيون الى انه انما أوقع صلاة الظهر في آخر وقتها وصلاة

العصر في أول وقتها على ما جاء في حديث أمامة جبريل قالوا وعلى هذا يصبح حمل حديث ابن عباس لأنه قد انعقد الاجماع انه لا يجوز هذا في الحضر لغير عذر أعنى ان تصلي الصلاتان معاً في وقت احدهما واحتجوا التأويل لهم أيضاً بحديث ابن مسعود قال: والذي لا إله غيره ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط الا في وقتها الاصلان جمع بين الظهر والعصر بعرفة وبين المغرب والعشاء بجمع قالوا وأيضاً فهذه الآثار محتملة ان تكون على ما تأولناه نحن أو تأولتموه أنتم وقد صح توقيت الصلاة وتبينها في الاوقات فلا يجوز ان تنتقل عن أصل ثابت بأمر محتمل . واما الراوي الذي اختلفوا في تصحيحه فمارواه مالك من حديث معاذ بن جبل انهم خرجوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام تبوك فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء قال فأخر الصلاة يوماً ثم خرج فصلى الظهر والعصر جميعاً ثم دخل ثم خرج فصلى المغرب والعشاء جميعاً وهذا الحديث لو صح لكان أظهر من تلك الاحاديث في اجازة الجمع لان ظاهره انه قدم العشاء الى وقت المغرب وان كان لهم أن يقولوا انه أخر المغرب الى آخر وقتها وصلى العشاء في أول وقتها لانه ليس في الحديث أمر مقطوع به على ذلك بل لفظ الراوي محتمل . واما اختلافهم في اجازة التماس في ذلك فهو ان يلحق سائر الصلوات في السفر بصلاة عرفة والمزدلفة أعنى ان يحاز الجمع قياساً على تلك فيقال مثلاً صلاة وجبت في سفر فجاز ان يجمع أصله لجمع الناس بعرفة والمزدلفة وهو مذهب سائر المسلمين عبد الله أعنى جواز هذا القياس لكن القياس في العبادات يضعف فهذه هي أسباب الخلاف الواقع في جواز الجمع .

وأما المسئلة الثانية (وهي صورة الجمع فاختلاف فيه أيضاً القائلون بالجمع أعنى في السفر فنتهم من رأى ان الاختيار ان تؤخر الصلاة الاولى وتصلى مع الثانية وان جمعتا معاً في أول وقت الاولى جاز وهي احدي الروايتين عن مالك ومنهم من سوى بين الامرين أعنى ان يقدم الآخرة الى وقت الاولى أو يعكس الامر وهو مذهب الشافعي وهي رواية أهل المدينة عن مالك والاولى رواية ابن القاسم عنه وانما كان الاختيار عند مالك هذا النوع من الجمع لانه الثابت من حديث أنس ومن سوى بينهما فمصيراً الى انه لا يرجح بالعدالة أعنى انه لا يفضل عدالة الله في وجوب العمل بها ومعنى هذا انه اذا صح حديث معاذ وجب العمل به كما وجب بحديث أنس اذا كان رواية الحديثين عدولاً وان كان رواية احدهما الحديثين أعدل .

وأما المسئلة الثالثة (وهي الاسباب المبيحة للجمع فاتفق القائلون بجواز الجمع على ان السفر منها . واختلفوا في الجمع في الحضر وفي شروط السفر المبيح له وذلك ان السفر منهم من

جعله سبباً لميحه لجمع أى سفر كان وبأى صفة كان ومنهم من اشترط فيه ضرر بامن السير
 ونوعاً من أنواع السفر فاما الذى اشترط فيه ضرر بامن السير فهو مالك فى رواية ابن القاسم عنه
 وذلك انه قال لا يجمع المسافر الا ان يجذب به السير ومنهم من لم يشترط ذلك وهو الشافعى وهى
 احدى الروايتين عن مالك ومن ذهب هذا المذهب فاما راعى قول ابن عمر: كان رسول الله
 صلى الله عليه وسلم اذا عجل به السير الحديث ومن لم يذهب هذا المذهب فاما راعى ظاهر
 حديث أنس وغيره وكذلك اختلفوا كما قلنا فى نوع السفر الذى يجوز فيه الجمع فمنهم من قال
 هو سفر القربة كالحج والغزو وهو ظاهر رواية ابن القاسم . ومنهم من قال هو السفر المباح دون
 سفر المعصية وهو قول الشافعى وظاهر رواية المدنيين عن مالك * والسبب فى اختلافهم
 فى هذا هو السبب فى اختلافهم فى السفر الذى تقصر فيه الصلاة وان كان هناك التعميم لان
 المصر يقل قولاً وفعلًا والجمع انما يقل فعلاً فقط فن اقتصر به على نوع السفر الذى جمع فيه
 رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجزه فى غيره ومن فهم منه الرخصة للمسافر عداه الى غيره من
 الاسفار . واما الجمع فى الحضر لغير عذر فان مالكاً وكثير الفقهاء لا يجيزونه وأجاز ذلك جماعة
 من أهل الظاهر وأشهب من أصحاب مالك * وسبب اختلافهم فى مفهوم حديث
 ابن عباس فمنهم من تأوله على انه كان فى مطرك كما قال مالك ومنهم من أخذ بعمومه مطناً وقد
 خرج مسلم زيادة فى حديثه وهو قوله عليه الصلاة والسلام: فى غير خوف ولا سفر ولا مطر
 وبهذا تمسك أهل الظاهر . واما الجمع فى الحضر لعذر المطر فاجازه الشافعى ليلاً كان أو نهاراً
 ومنعه مالك فى النهار وأجازه فى الليل وأجازه أيضاً فى الطين دون المطر فى الليل وقد
 عدل الشافعى ما لم يكن فى تفرقة من صلاة النهار فى ذلك وصلاة الليل لانه روى الحديث
 وتأوله أعنى خصص عمومته من جهة القياس وذلك انه قال فى قول ابن عباس: جمع رسول الله
 صلى الله عليه وسلم بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء فى غير خوف ولا سفر أرى ذلك كان
 فى مطر قال فلم يأخذ بعموم الحديث ولا بتأويله أعنى تخصيصه بل رده بعمومه وتأول بعضه
 وذلك شئ لا يجوز اجماع وذلك انه لم يأخذ بقوله فيه جمع بين الظهر والعصر وأخذ بقوله
 والمغرب والعشاء وتأوله وأحسب ان ما لكارحه الله انما رده بعض هذا الحديث لانه عارضة
 العمل فاخدمته بالبعض الذى لم يعارضه العمل وهو الجمع فى الحضر بين المغرب والعشاء على
 ما روى ان ابن عمر كان اذا جمع الامراء بين المغرب والعشاء جمع معهم لكن النظر فى هذا
 الاصل الذى هو العمل كيف يكون دليلاً شرعياً فيه نظر فان متقدمى شيوخ المالكية كانوا
 يقولون انه من باب الاجماع وذلك لا وجه له فان اجماع البعض لا يحتج به وكان متأخروهم

يقولون انه من باب نقل التواتر ويختصون في ذلك بالصاح وغيره مما نقله أهل المدينة خلفا عن سلف والعمل انما هو فعل والفعل لا يتعد التواتر الا ان يقترب بالقول فان التواتر طريقه الخبر لا العمل وبان جعل الافعال تفيد التواتر عسير بل لعله ممنوع والا شبه عندى أن يكون من باب عموم البلوى الذى يذهب اليه أبو حنيفة وذلك انه لا يجوز ان يكون امثال هذه السنن مع تكررها وتكرر وقوع أسبابها غير منسوخة وذهب العمل بها على أهل المدينة الذين تلتوا العمل بالسنن خلفا عن سلف وهو أقوى من عموم البلوى الذى يذهب اليه أبو حنيفة لان أهل المدينة أحرى ان لا يذهب ذلك عليهم من غيرهم من الناس الذين يعتبرهم أبو حنيفة في طريق النقل وبالجمل العمل لا يشك انه قرينة اذا اقترنت بالشئ المنقول ان وافقته افادت به غلبة ظن وان خالفته افادت به ضعف ظن: فاما هل تبلغ هذه القرينة مبلغا ترد بها الاخبار الآحاد الثابتة فقيه نظروا عسى انها تبلغ في بعض ولا تبلغ في بعض لتفاضل الاشياء في شدة عموم البلوى بها وذلك انه كما كانت السنة الحاجة اليها أمس وهي كثيرة التكرار على المكلفين كان نقلها من طريق الآحاد من غير أن ينتشر قولاً أو عملاً فيه ضعف وذلك انه يوجب ذلك أحد أمرين ، اما انها منسوخة ، واما ان النقل فيه اختلال وقد بين ذلك المتكلمون كابى المعالى وغيره . واما الجمع في الحضر للمريض فان ما لكأبأباحه اذا خاف أن يغيب عليه أو كان به بطن ومنع ذلك الشافعى * والسبب في اختلافهم هو اختلافهم في تعدى علة الجمع في السفر أعنى المشتقة فمن طرد العلة رأى ان هذا من باب الاولى والاخرى وذلك ان المشتقة على المريض في افراد الصلوات أشد منها على المسافر ومن لم يعد هذه العلة وجعلها كى يقولون قاصرة أى خاصة بذلك الحكم دون غيره لم يحجز ذلك .

﴿ الباب الخامس من الجملة الثالثة وهو القول في صلاحه الخوف ﴾

اختلف العلماء في جواز صلاة الخوف بعد النبي عليه الصلاة والسلام وفي صفتها فأكثر العلماء على ان صلاة الخوف جائزة لعموم قوله تعالى (واذا حضرتم في الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا) الآية ولما ثبت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام وعمل الأئمة والخلفاء بعده بذلك وشذ أبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة فقال لا تصلى صلاة الخوف بعد النبي صلى الله عليه وسلم بامام واحد وانما تصلى بعده بامامين يصلى واخذ منهما بطائفة ركعتين ثم يصلى الآخر بطائفة اخرى وهي الحارسة ركعتين أيضاً وتحرس التي قد صلت * والسبب في

اختلافهم هل صلاة النبي باحبابه صلاة الخوف هي عبادة أو هي لمكان فصل النبي صلى الله عليه وسلم . فن رأى انها عبادة لم يرانها خاصة بالنبي عليه الصلاة والسلام . ومن رأى انها لمكان فصل النبي عليه الصلاة والسلام رآها خاصة بالنبي عليه الصلاة والسلام والا فقد كان ممكناً أن ينقسم الناس على امامين وانما كان ضرورة اجتماعهم على امام واحد خاصة من خواص النبي عليه الصلاة والسلام وتأيد عنده هذا التأويل بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى (واذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة) الآية ومفهوم الخطاب انه اذا لم يكن فيهم فالحكم غير هذا الحكم وقد ذهبت طائفة من فقهاء الشام الى ان صلاة الخوف تؤخر عن وقت الخوف الى وقت الامن كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الخندق والجمهور على ان ذلك الفعل يوم الخندق كان قبل نزول صلاة الخوف وانه منسوخ بها .

وأما صفة صلاة الخوف فان العلماء اختلفوا فيها اختلافاً كثيراً لا اختلاف الآثاري هذا الباب أعنى المنقولة من فعله صلى الله عليه وسلم في صلاة الخوف والمشهور من ذلك سبع صفات ، فمن ذلك ما أخرجه مالك ومسلم من حديث صالح بن خوات عن عمن صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم ذات الرقاع صلاة الخوف : أن طائفة صفت معه وصفت طائفة وجاه العدو فصلى بالتي معه ركعة ثم ثبث قائماً وأتموا لانفسهم ثم انصرفوا ووجه العدو وجاءت الطائفة الاخرى فصلى بهم الركعة التي بقيت من صلاتهم ثم ثبث جالساً وأتموا لانفسهم ثم سلم بهم وبهذا الحديث قال الشافعي ، وروى مالك هذا الحديث بعينه عن القاسم بن محمد عن صالح بن خوات موقوفاً كمثله حديث يزيد بن رومان : انه لما قضى الركعة بالطائفة الثانية سلم ولم ينتظرهم حتى يفرغوا من الصلاة واختار مالك هذه الصفة فالشافعي أثر المسند على الموقوف ومالك أثر الموقوف لانه أشبه بالاصول أعنى ان لا يجلس الامام حتى تفرغ الطائفة الثانية من صلاتها لان الامام متبوع لا متبوع وغير مختلف عليه ، والصفة الثالثة ما ورد في حديث أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه رواد الثوري وجماعة وخرجه أبو داود قال : صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف بطائفة وطائفة مستقبلوا العدو فصلى بالذين معه ركعة وسجدتين وانصرفوا ولم يسلموا فوقوا بازاء العدو ثم جاء الآخرون فقاموا معه فصلى بهم ركعة ثم سلم فقام هؤلاء ففصلوا لانفسهم ركعة ثم يسلموا وذهبوا فقاموا مقام أولئك مستقبلوا العدو ورجع أولئك الى مراتبهم فصلوا لانفسهم ركعة ثم يسلموا وهذه الصفة قال أبو حنيفة وأصحابه ما خلى أبابوسف على ما تقدم ، والصفة الرابعة الواردة في حديث أبي عياش الزرقى قال : كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعسقلان وعلى المشركين خالد بن الوليد

فصلينا الظهر فقال المشركون لقد اصبتنا غفلة لو كنا نحن اعلينهم وهم في الصلاة فأ نزل الله آية التقصير بين الظهر والعصر فلما حضرت العصر قام رسول الله صلى الله عليه وسلم مستقبل القبلة والمشركون امامه فصلى خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم صف واحد وصف بعد ذلك صف آخر فركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعاً ثم سجد وسجد الصف الذي يليه وقام الاخر يحرسونهم فلما صلى هؤلاء سجدتين وقاموا سجد الاخرون الذين كانوا خلفه ثم تأخر الصف الذي يليه الى مقام الاخرين وتقدم الصف الاخر الى مقام الصف الاول ثم ركع رسول الله صلى الله عليه وسلم وركعوا جميعاً ثم سجد وسجد الصف الذي يليه وقام الاخرون يحرسونهم فلما جلس رسول الله صلى الله عليه وسلم والصف الذي يليه سجد الاخرون ثم جلسوا جميعاً فسلم بهم جميعاً وهذه الصلاة صلاة هبسفان وصلاها يوم نبي سليم قال أبو داود وروى هذا عن جابر وعن ابن عباس وعن مجاهد وعن أبي موسى وعن هشام بن عروة عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال وهو قول الثوري وهو احوط ايريدانه ليس في هذه الصفة كبير عمل مخالف لافعال الصلاة المعروفة وقال بهذه الصفة جملة من أصحاب مالك وأصحاب الشافعي وخرجها مسلم عن جابر وقال جابر كما يصنع حرسكم هؤلاء بامرائكم ، والصفة الخامسة الواردة في حديث حذيفة قال تعلب بن زهدم قال : كما مع سعيد بن العاصي بطبرستان فقام فقال ايكم صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف قال حذيفة انا فصلي بهؤلاء ركعة وبهؤلاء ركعة ولم يقضوا شيئاً وهذا مخالف للاصل مخالفة كثيرة . وخرج أيضاً عن ابن عباس في معناه انه قال : الصلاة على لسان نبيكم في الحضر أربع وفي السفر ركعتان وفي الخوف ركعة واحدة وأجاز هذه الصفة الثوري . والصفة السادسة الواردة في حديث أبي بكر وحديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم : انه صلى بكل طائفة من الطائفتين ركعتين ركعتين وبه كان يفتي الحسن وفيه دليل على اختلاف بية الامام والمأموم لكونه مناهم وهم مقتضون خرجهم مسلم عن جابر ، والصفة السابعة الواردة في حديث ابن عمر عن النبي عليه الصلاة والسلام : انه كان اذا سئل عن صلاة الخوف قال يتقدم الامام وطائفة من الناس فيصلي بهم ركعة وتسكون طائفة منهم بينه وبين العدو لم يصلوا واد صلى الذين معه ركعة استأخروا مكان الذين لم يصلوا ولا يسلمون ويتقدم الذين لم يصلوا فيصلون معه ركعة ثم ينصرف الامام وقد صلى ركعتين تتقدم كل واحدة من الطائفتين فيصلون لا يسلمون ركعة ركعة بعد أن ينصرف الامام فتكون كل واحدة من الطائفتين قد صلت ركعتين فان كان خوف أشد من ذلك صلوا

رجلاً قِياماً على اقدامهم أو ركباً امام مستقبل القبلة أو غير مستقبلها ومن قل بهذه الصفة اشهب
 عن مالك وجماعة وقول أبو عمر الحجة لمن قل بخديث ابن عمر هذا انه ورد يستل الأئمة أهل
 المدينة وهم الحجة في النقل على من خالفهم ونحو أيضاً مع هذا أشبه بالاصول لان الطائفة الاولى
 والثانية لم يتخذوا الركعة الا بعد خروج رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلاة وهو
 المعروف من سنة القضاء المجتمع عليها في سائر الصلوات وأكثر العلماء على ما جاء في هذا
 الحديث من انه اذا اشتد الخوف جاز أن يصلوا مستقبل القبلة وغير مستقبلها وإمام من غير
 ركوع ولا سجود وخالف في ذلك أبو حنيفة فقال لا يصلح الخائف الا الى القبلة ولا يصلح
 أحدهما من المصافحة - وسبب الخلاف في ذلك مخالفة هذا الفعل للاصول وقد رأى قوم
 أن هذه الصفات كلها جائزة وان للمكف أن يصلح ايها أحب وقد قيل ان هذا الاختلاف
 انما كان بحسب اختلاف المواطن .

﴿ الباب السادس من الجملة الثالثة في صلاة المريض ﴾

وأجمع العلماء على أن المريض مخاطب باداء الصلاة وانه يستنطق عنه فرض القيام اذا لم يستطعه
 ويصلي جالساً وكذلك يستنطق عنه فرض الركوع والسجود اذا لم يستطعهما أو احدهما
 ويومئ مكهماً . واختلفوا فيمن له أن يصلي جالساً وفي هيئة الجلوس وفي هيئة الذي لا يقدر
 على الخاوس ولا على القيام . فأما من له ان يصلي جالساً فان قوماً قالوا هذا الذي لا يستطيع
 القيام أصلاً وقوم قالوا هو الذي يشق عليه القيام من المرض وهو مذهب مالك * وسبب
 الاختلاف فيهم هرهل يسهل فرض القيام مع المشقة أو مع عدم القدرة وليس في ذلك نص . وأما
 صفة الجلوس فان قوماً قالوا يجلس متر بعاً أعني الخاوس الذي هو بدل من القيام وكره ابن
 مسعود الخاوس متر بعاً فمن ذهب الى التربع فلا فرق بينه وبين جلوس التشهد ومن كرهه
 فلا بد ليس من جلوس الصلاة . وأما صفة صلاة الذي لا يقدر على القيام ولا على الجلوس
 فان قوماً قالوا يصلي مضطجعاً وقوم قالوا يصلي كيفما يسر له وقوم قالوا يصلي مستقبلاً رجلاً
 الى الكعبة وقوم قالوا إن لم يستطع الخاوس صلى على جنبه فان لم يستطع على جنبه صلى
 مستلقياً ورجلاه الى القبلة على قدر طاقتة وهو الذي اختاره ابن المنذر .

الجملة الرابعة : وهذه الجملة تشمل من افعال الصلاة على التي ليست اداء وهذه هي إما إعادة
 وإما قضاء وإما جبرها زاد أو نقص بالسجود ففي هذه الجملة اذا ثلاثة أبواب ، الباب الاول

في الالعادة ، الباب الثاني في القضاء ، الباب الثالث في الجبران الذي يكون بالسجود

﴿ الباب الاول ﴾

وهذا الباب الكلام فيه في الاسباب التي تقتضى الالعادة وهي مفسدات الصلاة وانفقوا على أن من صلى بغير طهارة انه يجب عليه الالعادة عمداً كان أو نسياناً وكذلك من صلى بغير القبلة عمداً كان ذلك أو نسياناً وبالجملة فكل من أخل بشرط من شروط صحة الصلاة وجبت عليه الالعادة وانما يختلفون من أجل اختلافهم في الشروط المصححة وههنا مسائل تتعلق بهذا الباب خارجة عما ذكر من فروض الصلاة اختلفوا فيها .

فمنهم انهم اتفقوا على أن الحدث يقطع الصلاة واختلفوا هل يقتضى الالعادة من أولها اذا كان قد ذهب منها ركعة أو ركعتان قبل طر والحدث أم يبني على ما قدمضى من الصلاة . فذهب الجمهور الى أنه لا يبني لافي حدث ولا في غيره مما يقطع الصلاة الا في الرعاف فقط ومنهم من رأى أنه لا يبني لافي الحدث ولا في الرعاف وهو الشافعى وذهب الكوفيون الى أنه يبني في الاحداث كلها * وسبب اختلافهم أنه لم يرد في جواز ذلك أثر عن النبي عليه الصلاة والسلام وانما صح عن ابن عمر انه رفع في الصلاة فبني ولم يتوضأ فمن رأى أن هذا الفعل من الصحابي يحجرى بحجرى التوقيت اذ ليس يمكن ان يفعل مثل هذا بقياس أجاز هذا الفعل . ومن كان عنده من هؤلاء أن الرعاف ليس بحدث أجاز البناء في الرعاف فقط ولم يعده لغيره وهو مذهب مالك . ومن كان عنده انه حدث أجاز البناء في سائر الاحداث قياساً على الرعاف ومن رأى أن مثل هذا لا يجب ان يصار اليه الا بتوقيف من النبي عليه الصلاة والسلام إذ قد انعقد الاجماع على أن المصلى اذا انصرف الى غير القبلة انه قد خرج من الصلاة وكذلك إذا فعل فيها فعلاً كثيراً لم يحز البناء لافي الحدث ولا في الرعاف .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ اختلف العلماء هل يقطع الصلاة مروهش بين يدي المصلى اذا صلى بغير ستر أو مروهش بينه وبين السترة . فذهب الجمهور الى أنه لا يقطع الصلاة شئاً وأنه ليس عليه إعادة . وذهبت طائفة الى أنه يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الاسود * وسبب هذا الخلاف معارضة القول للفعل وذلك انه خرج مسلم عن أبي ذر انه عليه الصلاة والسلام قال : يقطع الصلاة المرأة والحمار والكلب الاسود وخرج مسلم والبخارى عن عائشة انها قالت : لقد رأيتني بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم معترضة كاعتراض الجنازة وهو

يصلى . وروى مثل قول الجمهور عن علي وعن أبيه ولا خلاف بينهم في كراهية المرور بين يدي المنفرد والامام اذا صلى لغير سترة أو مر بينه وبين السترة ولم يروا بأساً أن يمر خلف السترة وكذلك لم يروا بأساً أن يمر بين يدي المأموم لثبوت حديث ابن عباس وغيره قال: أقبلت راكباً على اتان وأنا يومئذ قد ناهزت الاحتلام ورسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي بالناس فررت بين يدي بعض الصفوف فنزلت وأرسلت الاتان ترتع ودخلت في الصف فلم ينكر ذلك علي أحد وهذا عندهم يجري مجرى المسند وفيه نظر وإنما اتفق الجمهور على كراهية المرور بين يدي المصلي لما جاء فيه من الوعيد في ذلك وأقوله عليه الصلاة والسلام فيه فليقاتله فأنما هو شيطان :

المسئلة الثالثة ﴿ اختلفوا في النسخ في الصلاة على ثلاثة أقوال فتقوم كراهية المرور بالاعادة على من فعله وقوم أوجبوا الاعادة على من تنسخ وقوم فرقوا بين أن يسمع أولاً يسمع * وسبب اختلافهم تردد النسخ بين أن يكون كلاماً أولاً يكون كلاماً

المسئلة الرابعة ﴿ اتفقوا على أن الضحك يقطع الصلاة واختلفوا في التيسيم * وسبب اختلافهم تردد التيسيم بين أن يلحق بالضحك أولاً يلحق به .

المسئلة الخامسة ﴿ اختلفوا في صلاة الحاقن فأكثر العلماء يكرهون أن يصلي الرجل وهو حاقن لما روى من حديث زيد بن أرقم قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: إذا أراد أحدكم الغائط فليدأ قبل الصلاة ولما روى عن عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: لا يصلي أحدكم بحضرة الطعام ولا وهو يدافعه الا خبثان يعني الغائط والبول ولما ورد من النبي عن ذلك عن عمر أيضاً وذهب قوم الى أن صلاته فاسدة وأنه يعيد وروى ابن القاسم عن مالك ما يدل على أن صلاة الحاقن فاسدة وذلك انه روى عنه أنه أمره بالاعادة في الوقت و بعد الوقت * والسبب في اختلافهم اختلافهم في النبي هل يدل على فساد المنة عنه أم ليس يدل على فساده وإنما يدل على تأنيهم من فعله فقط اذا كان أصل الفعل الذي تعلق النبي به واجباً أو جائزاً أو قد تمسك القائلون بفساد صلاته بحديث رواه الشاميون . منهم من يجعله عن ثوبان . ومنهم من يجعله عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا يحل لمؤمن أن يصلي وهو حاقن جداً قال أبو عمر بن عبد البر هو حديث ضعيف السند لا حجة فيه .

المسئلة السادسة ﴿ اختلفوا في رد سلام المصلي عمن سلم فرخصت فيه طائفة منهم سعيد بن المسيب والحسن بن أبي الحسن البصري وقتادة . ومنع ذلك قوم بالقول وأجازوا الرد بالاشارة وهو مذهب مالك والشافعي ومنع آخرون رده بالقول والاشارة وهو مذهب

النعمان . واجاز قوم الردى نفسه وقوم قالوا يرد اذا فرغ من الصلاة * والسبب في اختلافهم هل رد السلام من نوع التكلم في الصلاة المنهى عنه أم لا فن رأى انه من نوع الكلام المنهى عنه وخصص الامر برد السلام في قوله تعالى (وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها) الآية باحاديث النهى عن الكلام في الصلاة قال لا يجوز الرد في الصلاة ومن رأى انه ليس داخلًا في الكلام المنهى عنه أو خصص أحاديث النهى بالامر برد السلام اجازة في الصلاة قال أبو بكر بن المنذر ومن قال لا يرد ولا يشير فقد خالف السنة فانه قد أخرج خبيب أن النبي عليه الصلاة والسلام: رد على الذين سلموا عليه وهو في الصلاة بإشارة .

﴿ الباب الثاني في القضاء ﴾

والكلام في هذا الباب على من يجب القضاء وفي صفة انواع القضاء وفي شروطه . فأما على من يجب القضاء فاتفق المسلمون على انه يجب على الناسي والتائم . واختلفوا في العامد والمنعمي عليه وانما اتفق المسلمون على وجوب القضاء على الناسي والتائم لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام وفعله وأعني قوله عليه الصلاة والسلام: رفع القلم عن ثلاث فذكر التائم وقوله: اذا نام أحدكم عن الصلاة أو سها فليصلها اذا ذكرها وما روى انه نام عن الصلاة حتى خرج وقتها فقضاها . وأما تاركها عمدًا حتى يخرج الوقت فان الجمهور على انه آثم وأن القضاء عليه واجب . وذهب بعض أهل الظاهر الى انه لا يقضى وانه آثم وأحد من ذهب الى ذلك أبو محمد ابن حزم * وسبب اختلافهم اختلافهم في شيئين ، أحدهما في جواز القياس في الشرع ، والثاني في قياس العامد على الناسي اذا سلم جواز القياس فمن رأى انه اذا وجب القضاء على الناسي الذي قد عذره الشرع في أشياء كثيرة فالتعمد أخرى ان يجب عليه لانه غير معذور أو وجب القضاء عليه . ومن رأى أن الناسي والعامد ضدان والاضداد لا يقاس بعضهما على بعض إذا حكمها بمختلفة وانما اتفقا في الاشباه لم يحز قياس العامد على الناسي والحق في هذا انه اذا جعل الوجوب من باب التغليظ كان القياس سائغًا وأما ان جعل من باب الفرق بالناسي والعذرة وان لا يفوته ذلك الخير فالعامد في هذا ضد الناسي والقياس غير سائغ لان الناسي معذور والعامد غير معذور والا صل أن القضاء لا يجب بامر الاداء وانما يجب بامر مجرد على ما قال المتكلمون لان القاضى قد فاته أحد شروط التمكن من وقوع الفعل على صحته وهو الوقت اذ كان شرطًا من شروط الصحة والتأخير عن الوقت في قياس

التسليم عليه لكن قد ورد الاثر بالناسى والنائم وتردد العاقد بين أن يكون شبهة أو غير شبهة والله الموفق للحق . وأما المعنى عليه فان قرأ ما استقطوا عنه القضاء فيما ذهب وقته وقوم أو جوبا عليه القضاء . ومن هؤلاء من اشترط القضاء في عدده معلوم وقالوا يقضى في الخمس فما دونها والسبب في اختلافهم تردد بين النائم والمجتنون فمن شبهه بالنائم أوجب عليه القضاء . ومن شبهه بالمجتنون استقط عنه الوجوب . وأما صفة القضاء فان القضاء نوعان ، قضاء الجملة الصلاة ، وقضاء لبعضها . أما قضاء الجملة فالنظر فيه في صفة القضاء وشروطه وقته . فاما صفة القضاء فهي بعينها صفة الاداء اذا كانت الصلاة في صفة واحدة من الفرضية . وأما اذا كانت في أحوال مختلفة مثل أن يذكر صلاة حضرية في سفر أو صلاة سفيرية في حضر فاختلغوا في ذلك على ثلاثة أقوال ، فتقوم قالوا انما يقضى مثل الذي عليه ولم يراعوا الوقت الحاضر وهو مذهب مالك وأصحابه ، وقوم قالوا انما يقضى أبداً أو بعاسفوية كانت المنسية أو حضرية فعلى رأى هؤلاء أن ذكر في السفر حضرية صلاة حضرية وإن ذكر في الحضر سفيرية صلاة حضرية وهو مذهب الشافعي . وقال قوم انما يقضى أبداً فرض الحال التي هو فيها يقضى الحضرية في السفر سفيرية والسفيرية في الحضر حضرية فمن شبه القضاء بالاداء راعى الحال الحاضرة وجعل الحكم لها قياساً على المريض يتذكر صلاة نسيمها في الصحة أو الصحيح يتذكر صلاة نسيمها في المرض أعنى أن فرضه هو فرض الصلاة في الحال الحاضرة ومن شبه القضاء بالديون أوجب للمتضمنة صفة المنسية . وأما من أوجب أن يقضى أبداً حضرية فراعى الصفة في أحدهما والحال في الأخرى أعنى أنه اذا ذكر الحضرية في السفر راعى صفة المتضمنة واذا ذكر السفيرية في الحضر راعى الحال وذلك اضطراب جار على غير قياس إلا أن يذهب مذهب الاحتياط وذلك يتصور فحين يرى القصر رخصة . وأما شروط القضاء ووقته فان من شرطه الذي اختلغوا فيه الترتيب وذلك أنهم اختلفوا في وجوب الترتيب في قضاء المنسيات أعنى وجوب ترتيب المنسيات مع الصلاة الحاضرة الوقت وترتيب المنسيات بعضهم مع بعض اذا كانت أكثر من صلاة واحدة فذهب مالك الى أن الترتيب واجب فيها في الخمس صلوات فما دونها وانه يبدأ بالمنسية وان فات وقت الحاضرة حتى انه قال ان ذكر المنسية وهو في الحاضرة فسدت الحاضرة عليه . وبمثل ذلك قال أبو حنيفة والثوري إلا أنهم رأوا الترتيب واجبا مع اتساع وقت الحاضرة ووافق هؤلاء على سقوط وجوب الترتيب مع السيان وقال الشافعي لا يجب الترتيب وان فعل ذلك اذا كان في الوقت متسع فحسن يعنى في وقت الحاضرة . والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب واختلافهم في تشبيه

التقصاء بالأداء فالأثار فانه ورد في ذلك حديثان متعارضان أحدهما ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال: من نسي صلاة وهو مع الإمام في أخرى فليصل مع الإمام فإذا فرغ من صلاته فليعد الصلاة التي نسي ثم يليعد الصلاة التي صلى مع الإمام وأخبار الشافعي يضعفون هذا الحديث ويصححون حديث ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: إذا نسي أحدكم صلاة فذكرها وهو في صلاة مكتوبة فليتم التي هو فيها فإذا فرغ منها قضى التي نسي والحديث الصحيح في هذا الباب هو ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام: إذا نام أحدكم عن الصلاة أو نسيها الحديث . وأما اختلافهم في جهة تشبيه التقضاء بالأداء فإن من رأى أن الترتيب في الأداء ما يلزم من أجل أن أوقاتها المختصة بصلاة منها هي مرتبة في نفسها إذا كان الزمان لا يعقل إلا مرتباً بل يحق بها التقضاء لأنه ليس للتقضاء وقت مخصوص ومن رأى أن الترتيب في الصلوات المؤداة هو في الفعل وإن كان الزمان واحداً مثل الجمع بين الصلاتين في وقت أحدهما شبه التقضاء بالأداء وقد رأت المالكية أن توجب الترتيب للمتقضية من جهة الوقت لا من جهة الفعل لقوله عليه الصلاة والسلام فليصلها إذا ذكرها قالوا فوقت المسبية هو وقت الذكر ولذلك وجب أن نفسه عليه الصلاة التي هو فيها في ذلك الوقت وهذا معنى له لأنه إن كان وقت الذكر وقتاً للمناسبة فهو بعينه أيضاً وقت للحاضرة أو وقت للمنسيات إذا كانت أكثر من صلاة واحدة وإذا كان الوقت واحداً لم يبق أن يكون الفساد الواقع فيها الآمن قبل الترتيب بينها كالترتيب الذي يوجد في أجزاء الصلاة الواحدة فانه ليس إحدى الصلاتين أحق بالوقت من صاحبتها إذا كان وقتا لكليهما إلا أن يقوم دليل الترتيب وليس ههنا عندي شيء يمكن أن يجعل أصلاً في هذا الباب لترتيب المنسيات إلا الجمع عند من سابه فان الصلوات المؤداة أوقاتها مختلفة والترتيب في القضاء أعماية تصور في الوقت الواحد بعينه للصلاتين معاً فافهم هذا فإن فيه غموضاً وأظن ما أكارحه الله أنما قاس ذلك على الجمع وأنما صار الجميع إلى استحسان الترتيب في المنسيات إذا لم يخف فوات الحاضرة لصلاته عليه الصلاة والسلام الصلوات الخمس يوم الخندق مرتبة وقد احتج بهذا من أوجب القضاء على العامد ولا معنى لهذا فإن هذا منسوخ وأيضاً فانه كان ترك العذر وأما التحديد في الخمس فما دونها فليس له وجه إلا أن يقال انه إجماع فهذا حكم التقضاء الذي يكون في فوات جملة الصلاة وأما التقضاء الذي يكون في فوات بعض الصلوات فمنه ما يكون سببه النسيان ومنه ما يكون سببه سبق الإمام للمأموم أعني أن يفوت المأموم بعض صلاة الإمام فاما إذا فوات المأموم بعض الصلاة فإن فيه مسائل ثلاثا قواعد، أحدها متى تفوت الركعة، والثانية هل أتيا به بما

فانه بعد سلام الامام اداء أو قضاء ، والثالثة متى يلزمه حكم صلاة الامام ومتى لا يلزمه ذلك امامتى تقوته الركعة فان في ذلك مسألتين ، إحداهما اذا دخل والامام قد أهوى الى الركوع ، والثانية اذا كان مع الامام في الصلاة فسيما أن يتبعه في الركوع أو منعه من ذلك ما وقع من زحام أو غيره

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فان فيها ثلاثة أقوال ، أحدها وهو الذي عليه الجمهور انه اذا أدرك الامام قبل أن يرفع رأسه من الركوع وركع معه فهو مدرك للركعة وليس عليه قضاءؤها وهو لا ، اختلفوا هل من شرط هذا الداخل ان يكبر تكبيرتين كبيرتين للاحرام وتكبيراً للركوع أو يحزى به تكبيرة الركوع وان كانت تحزى به فهل من شرطها ان ينوى بها تكبيرة الاحرام أم ليس ذلك من شرطها فقال بعضهم بل تكبيرة واحدة تحزى به اذا نوى بها تكبيرة الافتتاح وهو مذهب مالك والشافعى والاختيار عندهم تكبيرتان وقال قوم لا بد من تكبيرتين وقال قوم تحزى واحدة وان لم ينوها تكبيرة الافتتاح والقول الثانى انه اذا ركع الامام فقد فاتته الركعة وانه لا يدركها ما لم يدركه قائماً وهو منسوب الى أبى هريرة والقول الثالث انه اذا انتهى الى الصف الآخر وقد رفع الامام رأسه ولم يرفع بعضهم فأدرك ذلك انه يحزى به لان بعضهم أئمة لبعض وبه قال الشعبي : وسبب هذا الاختلاف تردد اسم الركعة بين ان يدل على الفعل نفسه الذى هو الانحناء فقط أو على الانحناء والوقوف معاً وذلك انه قال عليه الصلاة والسلام : من أدرك من الصلاة ركعة فقد أدرك الصلاة قال ابن المنذر ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن كان اسم الركعة ينطلق عنده على القيام والانحناء معاً قال إذا فاته قيام الامام فقد فاتته الركعة ومن كان اسم الركعة ينطلق عنده على الانحناء نفسه جعل ادراك الانحناء ادراكاً للركعة والاشتراك الذى عرض لهذا الاسم انما هو من قبل تردده بين المعنى اللغوى والمعنى الشرعى وذلك ان اسم الركعة ينطلق لغة على الانحناء وينطلق شرعاً على القيام والركوع والسجود فمن رأى أن اسم الركعة ينطلق فى قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة على الركعة السريعة ولم يذهب مذهب الآخذ ببعض ما تدل عليه الاسماء قال لا بد ان يدرك مع الامام الثلاثة الاحوال أعنى القيام والانحناء والسجود ويحتمل أن يكون من ذهب الى اعتبار الانحناء فقط أن يكون اعتباراً كثر ما يدل عليه الاسم ههنا لان من أدرك الانحناء فقد أدرك منها جزءين ومن فاته الانحناء انما أدرك منها جزءاً واحداً فقط فعلى هذا يكون الخلاف آيلاً الى اختلافهم فى الاخذ ببعض دلالة الاسماء أو بكها فالخلاف يتصور فيها من الوجهين جميعاً

وأما من اعتبر ركوع من في الصف من المأمومين فلا أن الركعة من الصلاة قد تضاف الى الامام فقط وقد تضاف الى الامام والمأمومين فسبب الاختلاف هو الاحتمال في هذه الاضافة أعني قوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من الصلاة وما عليه الجمهور أظهر * وأما اختلاف فهم في هل تجزئ تكبيرة واحدة أو تكبيران أعني المأموم اذا دخل في الصلاة والامام راكع فسيبه هل من شرط تكبيرة الاحرام ان يؤتى بها واقفا أم لا فمن رأى أن من شرطها الموضع الذي تفعل فيه تعلقاً بالفعل أعني فعله عليه الصلاة والسلام وكان يرى أن التكبير كله فرض قال لا بد من تكبيرتين ومن رأى انه ليس من شرطها الموضع تعلقاً بعدم ركوعه عليه الصلاة والسلام : وتحرى التكبير وكان عنده أن تكبيرة الاحرام هي فقط الفرض قال يحزبه ان يأتي بها وحدها

وأما من أجاز أن يأتي بتكبيرة واحدة ولم ينوبها تكبيرة الاحرام فقليل يبني على مذهب من يرى أن تكبيرة الاحرام ليست بفرض وقيل انما يبني على مذهب من يجوز تأخير نية الصلاة عن تكبيرة الاحرام لانه ليس معنى ان ينوي تكبيرة الاحرام الا مقارنة النية للدخول في الصلاة لان تكبيرة الاحرام لها وصفان النية المقارنة والاولية أعني وقوعها في أول الصلاة فمن اشترط الوصفين قال لا بد من النية المقارنة ومن اكتفى بالصفة الواحدة اكتفى بتكبيرة واحدة وان لم تقارنها النية

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي اذا سها عن اتباع الامام في الركوع حتى سجد الامام فان قوماً قالوا اذا فاتته أدراك الركوع معه فقد فاتته الركعة ووجب عليه قضاؤها وقوم قالوا يعتد بالركعة اذا أمكنه ان يتم من الركوع قبل ان يقوم الامام الى الركعة الثانية وقوم قالوا يتبعه و يعتد بالركعة ما لم يرفع الامام رأسه من الانحناء في الركعة الثانية وهذا الاختلاف موجود لاختلاف مالك وفيه تفصيل واختلاف بينهم بين ان يكون عن سيان أو ان يكون عن زحام وبين ان يكون في جماعة أو في غير جماعة وبين اعتبار ان يكون المأموم عرض له هذا في الركعة الاولى أو في الركعة الثانية وليس قصيدنا تفصيل المذهب ولا تحريجه وانما الغرض الاشارة الى قواعد المسائل واصولها فتقول إن سبب الاختلاف في هذه المسئلة هو هل من شرط فعل المأموم ان يفارن فعل الامام أو ليس من شرطه ذلك وهل هذا الشرط هو في جميع اجزاء الركعة الثلاثة أعني القيام والانحناء والسجود أم انما هو شرط في بعضها ومتى يكون اذا لم يقارن فعله فعل الامام اختلافاً عليه أعني ان يفعل هو فعلاً والامام فعلاً ثانياً فمن رأى انه شرط في كل جزء من اجزاء الركعة الواحدة أعني ان يقارن فعل المأموم فعل الامام والا كان اختلافاً

عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام فلا تختلفوا عليه قال متى لم يدرك معه من الركوع ولو جزأ يسيراً لم يعتد بالركعة ومن اعتز به في بعضها قال هو مدرك للركعة اذا ادرك فعل الركعة قبل ان يقوم الى الركعة الثانية وليس ذلك اختلافاً عليه فاذا قام الى الركعة الثانية فان اتبعه فقد ختلف عليه في الركعة الاولى وامام قال إنه يتبعه ما لم ينحني في الركعة الثانية فانه رأى انه ليس من شرط فعل المأموم ان يقارن بعضه بعض فعل الامام ولا كله وانما من شرطه ان يكون بعده فقط وانما اتفقوا على أنه اذا قام من الانحناء في الركعة الثانية انه لا يعتد بتلك الركعة ان اتبعه فيها لانه يكون في حكم الاولى والامام في حكم الثانية وذلك غاية الاختلاف عليه

وأما المسئلة الثانية من المسائل الثلاث الاول التي هي اصول هذا الباب وهل اتيان المأموم بما فاته من الصلاة مع الامام اداء وقضاء فان في ذلك ثلاثة مذاهب قوم قالوا إن ما يأتي له بعد سلام الامام هو قضاء وان ما أدركه ليس هو أول صلاته وقوم قالوا ان الذي يأتي به بعد سلام الامام هو اداء وان ما أدركه هو أول صلاته وقوم فرقوا بين الاقوال والافعال فقالوا يقتضي في الاقوال يعنون في القراءة ويبنى في الافعال يعنون الاداء فمن ادرك ركعة من صلاة المغرب على المذهب الاول أعنى مذهب القضاء قام اذا سلم الامام الى ركعتين يقرأ فهما بام القرآن وسورة من غير ان يجلس بينهما وعلى المذهب الثاني أعنى على البناء قام الى ركعة واحدة يقرأ فيها بام القرآن وسورة ويجلس ثم يقوم الى ركعة يقرأ فيها بام القرآن فقط وعلى المذهب الثالث يقوم الى ركعة فيقرأ فيها بام القرآن وسورة ثم يجلس ثم يقوم الى ركعة ثانية يقرأ فيها أيضاً بام القرآن وسورة وقد سببت الاقوال الثلاثة الى المذهب والصحيح عن مالك انه يقتضي في الاقوال ويبنى في الافعال لانه لم يختلف قوله في المغرب انه اذا ادرك منها ركعة أنه يقوم الى الركعة الثانية ثم يجلس ولا اختلاف في قوله انه يقتضي بام القرآن وسورة وسبب اختلافهم انه ورد في بعض روايات الحديث المشهور ما دركتم فصلوا وما فاتكم فأتوا والامام ينتصي ان يكون ما درك هو أول صلاته وفي بعض رواياته ما دركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا والقضاء يوجب أن ما درك هو آخر صلاته فمن ذهب مذهب الاتمام قال ما درك هو أول صلاته ومن ذهب مذهب القضاء قال ما درك هو آخر صلاته ومن ذهب مذهب الجمع جعل القضاء في الاقوال والاداء في الافعال وهو ضعيف أعنى أن يكون بعض الصلاة اداء وبعضها قضاء واتفاقهم على وجوب الترتيب في اجزاء الصلاة وعلى ان موضع تكبيرة الاحرام هو افتتاح الصلاة ففيه دليل واضح على أن ما درك هو أول صلاته لكن تختلف نية المأموم والامام في الترتيب فتأمل هذا ويشبه أن يكون هذا هو أحد ما راعاه من قال ما درك

فهو وآخر صلاته

{ وأما المسئلة الثالثة } من المسائل الأولى وهي متى يلزم المأموم حكم صلاة الإمام في الانبعاث فان فيها مسائل ، إحداها متى يكون مدرك للصلاة الجمعة ، والثانية متى يكون مدركاً معه لحكم سجود السهو أعني سهو الإمام ، والثالثة متى يلزم المسافر الداخل وراء إمام يتم الاتمام إذا أدرك من صلاة الإمام بعضها

{ فاما المسئلة الأولى } فان قوماً قالوا إذا أدرك ركعة من الجمعة فقد أدرك الجمعة ويتقضى ركعة ثانية وهو مذهب مالك والشافعي فان أدرك أقل صلى ظهر أربعا وقوم قالوا بل يقضى ركعتين أدرك منها ما أدرك وهو مذهب أبي حنيفة وسبب الخلاف في هذا هو ما يظن من التعارض بين عموم قوله عليه السلام : ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا وبين مفهوم قوله عليه السلام : من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة فانه من صار إلى عموم قوله عليه السلام : وما فاتكم فأتموا أوجب أن يقضى ركعتين وإن أدرك منها أقل من ركعة ومن كان المحذوف عنده في قوله عليه السلام : فقد أدرك الصلاة أى فقد أدرك حكم الصلاة قال دليل الخطاب يقتضى أن من أدرك أقل من ركعة فلم يدرك حكم الصلاة والمحذوف في هذا القول محتمل فانه يمكن أن يراد به فضل الصلاة ويمكن أن يراد به وقت الصلاة ويمكن أن يراد به حكم الصلاة ولعله ليس هذا الجاز في أحدهما أظهر منه في الثاني فان كان الامر كذلك كان من باب الجمل الذي لا يقتضى حكما وكان الآخر بالعموم أولى وإن سلمنا انه أظهر في أحده هذه المحذوفات وهو مثلاً الحكم على قول من يرى ذلك لم يكن هذا الظاهر معارضاً للعموم إلا من باب دليل الخطاب والعموم أقوى من دليل الخطاب عند الجميع ولا سيما الدليل المبني على المحتمل أو الظاهر ، وأما من يرى أن قوله عليه السلام : فقد أدرك الصلاة انه يتضمن جميع هذه المحذوفات فضعيف وغير معلوم من لغة العرب إلا أن يتقرر أن هنالك اصطلاحاً عرفياً أو شريعياً وأما مسئلة اتباع المأموم للإمام في السجود أعني في سجود السهو فان قوما اعتبروا في ذلك الركعة أعني أن يدرك من الصلاة معه ركعة وقوم لم يعتبروا في ذلك فمن لم يعتبر ذلك فصيراً إلى عموم قوله عليه السلام : إنما جعل الإمام ليؤتم به ومن اعتبر ذلك فصيراً إلى مفهوم قوله عليه السلام : فقد أدرك الصلاة ولذلك اختلفوا في المسئلة الثالثة فقال قوم ان المسافر إذا أدرك من صلاة الإمام الحاضر أقل من ركعة لم يتم وإذا أدرك ركعة لزمه الاتمام فهذا حكم التضاء الذي يكون لبعض الصلاة من قبل سبق الإمام له

وأما حكم القضاء لبعض الصلاة الذي يكون للامام والمنفرد من قبل النسيان فانهم اتفقوا على أن ما كان منهار كئافه يفتى أعنى فريضة وأنه ليس يحزى منه الا الاتيان به وفيه مسائل اختلفوا فيها بعضهم أوجب فيها القضاء وبعضهم أوجب فيها الاعادة مثل من نسي أربع سجعات من أربع ركعات سجدة من كل ركعة فان قوما قالوا يصلح الرابعة بان يسجد لها ويبطل ما قبلها من الركعات ثم أتى بها وهو قول مالك وقوم قالوا تبطل الصلاة بأسرها ويلزمه الاعادة وهى إحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل وقوم قالوا أتى بأربع سجعات متواليه وتكمل بها صلاته وبه قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وقوم قالوا يصلح الرابعة ويعيد بسجدين وهو مذهب الشافعى * وسبب الخلاف فى هذا امر اعادة الترتيب فمن راعاه فى الركعات والسجعات أبطل الصلاة ومن راعاه فى السجعات أبطل الركعات ما عدى الأخيرة قياساً على قضاء ما فات المأموم من صلاة الامام ومن لم يراع الترتيب أجاز سجودها مع أى ركعة واحدة لاسيما اذا اعتقد أن الترتيب ليس هو واجباً فى الفعل المكرر فى ركعة ركعة أعنى السجود وذلك أن كل ركعة تشتمل على قيام وانحناء وسجود والسجود مكر رفعهم أصحاب أبى حنيفة أن السجود لما كان مكرراً لم يجب أن يراعى فيه التكرير فى الترتيب ومن هذا الجنس اختلاف أصحاب مالك فممن نسي قراءة أم القرآن من الركعة الاولى فقل لا يعتد بالركعة وينضمها وقيل يعيد الصلاة وقيل يسجد للسهو وصلاته تامة وفروع هذا الباب كثيرة وكلها غير منطوق به وليس قصودنا هنا الا ما جرى مجرى الاصول

❦ الباب الثالث من الجملة الرابعة فى سجود السهو ❦

والسجود المنقول فى الشريعة فى أحد موضوعين إما عند الزيادة والنقصان اللذين يقعان فى أفعال الصلاة وأقوالها من قبل النسيان لا من قبل العمد وإما عند الشك فى أفعال الصلاة فاما السجود الذى يكون من قبل النسيان لا من قبل الشك فالكلام فيه ينحصر فى ستة فصول ، الفصل الاول فى معرفة حكم السجود ، الثانى فى معرفة مواضعه من الصلاة ، الثالث فى معرفة الجنس من الافعال والافعال التى يسجد لها ، الرابع فى صفة سجود السهو ، الخامس فى معرفة من يجب عليه سجود السهو ، السادس بما ذابته المأموم الامام السامع على سهوه

﴿ الفصل الاول ﴾

اختلفوا في سجود السهو هل هو فرض أو سنة فذهب الشافعي الى أنه سنة وذهب أبو حنيفة الى أنه فرض لكن من شرط صحة الصلاة وفرق مالك بين السجود للسهو في الأفعال وبين السجود للسهو في الأقوال وبين الزيادة والنقصان فقال سجود السهو الذي يكون للأفعال الناقصة واجب وهو عنده من شروط صحة الصلاة هذا في المشهور وعنه ان سجود السهو للنقصان واجب وسجود الزيادة مندوب * والسبب في اختلافهم اختلافهم في حمل أفعاله عليه السلام في ذلك على الوجوب أو على الندب فاما أبو حنيفة فحمل أفعاله عليه السلام في السجود على الوجوب اذ كان هو الأصل عندهم اذ جاء بيانا الواجب كما قال عليه السلام: صلوا كما رأيتموني أصلي وأما الشافعي فحمل أفعاله في ذلك على الندب وأخرجها عن الأصل بالقياس وذلك أنه لما كان السجود عند الجمهور ليس ينوب عن فرض وانما ينوب عن ندب رأى ان البديل عما ليس بواجب ليس هو بواجب وأما مالك فتأكدت عنده الأفعال أكثر من الأقوال لكونها من صلب الصلاة أكثر من الأقوال أعني ان الفروض التي هي أفعال هي أكثر من فروض الأقوال فكانه رأى ان الأفعال أكثر من الأقوال وان كان ليس ينوب سجود السهو الا عما كان منها ليس بفرض وتفرقه أيضاً بين سجود النقصان والزيادة على الرواية الثانية لكون سجود النقصان شرع بدلا مما سقط من أجزاء الصلاة وسجود الزيادة كانه استغفار لا بدل

﴿ الفصل الثاني ﴾

اختلفوا في مواضع سجود السهو على خمسة أقوال فذهبت الشافعية الى أن سجود السهو موضعه أبدأ قبل السلام وذهبت الحنفية الى أن موضعه أبدأ بعد السلام وفرقت المالكية فقالت ان كان السجود لتقصان كان قبل السلام وان كان لزيادة كان بعد السلام وقال أحمد بن حنبل يسجد قبل السلام في المواضع التي يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل السلام ويسجد بعد السلام في المواضع التي يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد السلام فما كان من سجود في غير تلك المواضع يسجد له أبدأ قبل السلام وقال أهل الظاهر لا يسجد للسهو الا في المواضع الخمسة التي يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقط وغير ذلك ان كان

فرضاً أتى به وإن كان ندباً فليس عليه شيء والسبب في اختلافهم أنه عليه السلام ثبت عنه أنه سجد قبل السلام وسجد بعد السلام وذلك أنه ثبت من حديث ابن بريدة أنه قال صلى لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ركعتين ثم قام فلم يجلس فقام الناس معه فلما قضى صلاته سجد سجدتين وهو جالس وثبت أيضاً أنه سجد بعد السلام في حديث ذى اليمين المقدم إذ سلم من اثنتين فذهب الذين جوزوا القياس في سجود السهو وأعنى الذين رأوا تعدية الحكم في المواضع التي سجد فيها عليه السلام إلى أشباهها في هذه الآثار الصحيحة ثلاثة مذاهب: أحدها مذهب الترجيح، والثاني مذهب الجمع، والثالث الجمع بين الجمع والترجيح فنرجح حديث ابن بريدة قال السجود قبل السلام واحتج لذلك بحديث أبي سعيد الخدري الثابت أنه عليه السلام: قال إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدركم صلى أثلاثاً ثم أربعاً فليصل ركعة وليسجد سجدتين وهو جالس قبل التسليم فإن كانت الركعة التي صلاها خامسة شتمها بهاتين السجدتين وإن كانت رابعة فالسجدتان ترغيم للشيطان قالوا فقيه السجود للزيادة قبل السلام لأنها ممكنة الوقوع خامسة واحتجوا لذلك أيضاً بما روى عن ابن شهاب أنه قال كان آخر الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم السجود قبل السلام

وأما من رجح حديث ذى اليمين فقال السجود بعد السلام واحتجوا لترجيح هذا الحديث بأن حديث ابن بريدة قد عارضه حديث المغيرة بن شعبة أنه عليه السلام: قام من اثنتين ولم يجلس ثم سجد بعد السلام قال أبو عمر ليس مثله في النقل فيعارض به واحتجوا أيضاً لذلك بحديث ابن مسعود الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: صلى خمسا ساهيا وسجد لسهوه بعد السلام .

وأما من ذهب مذهب الجمع فانهم قالوا إن هذه الأحاديث لا تتناقض وذلك أن السجود فيما بعد السلام إنما هو في الزيادة والسجود قبل السلام في النقصان فوجب أن يكون حكم السجود في سائر المواضع كما هو في هذا الموضع قالوا وهو أولى من حمل الأحاديث على التعارض

وأما من ذهب مذهب الجمع والترجيح فقال يسجد في المواضع التي سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم على النحو الذي سجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن ذلك هو حكم تلك المواضع

وأما المواضع التي لم يسجد فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحكم فيها السجود قبل السلام فكانه قاس على المواضع التي سجد فيها عليه الصلاة والسلام قبل السلام ولم يقس

على المواضع التي سجد فيها بعد السلام وأبقى سجود المواضع التي سجد فيها على ما سجد فيها
 فن جهة أنه أبقى حكم هذه المواضع على ما وردت عليه وجعلها متغيرة لا أحكام هو ضرب
 من الجمع ورفع للتعارض بين مفهومها ومن جهة أنه عدى مفهوم بعضها دون بعض والحق
 به المسكوت عنه فذلك ضرب من الترجيح أعني أنه قاس على السجود الذي قبل السلام
 ولم يقس على الذي بعده

واما من لم يفهم من هذه الأفعال حكما خارجا عنها وفصر حكما على أنفسهم وهم أهل الظاهر
 فاقصروا بالسجود على هذه المواضع فقط وأما أحمد بن حنبل فجاء نظره مختلطا من نظر أهل
 الظاهر ونظر أهل القياس وذلك أنه اقتصر بالسجود كما قلنا بعد السلام على المواضع التي ورد
 فيها الأثر ولم يعدد وعدى السجود الذي ورد في المواضع التي قبل السلام ولكل واحد من
 هؤلاء أدلة يرجح بها مذهبه من جهة القياس أعني لأصحاب القياس وليس قصدهنا في هذا
 الكتاب في الاكثر ذكر الخلاف الذي يوجب القياس كما ليس قصدهنا ذكر المسائل المسكوت
 عنها في الشرع الا في الاقل وذلك امامن حيث هي مشهورة واصل لغيرها وامامن حيث هي
 كثيرة الوقوع

والمواضع الخمسة التي سها فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدها أنه قام من اثنتين
 على ما جاء في حديث ابن بزيمة، والثاني أنه سلم من اثنتين على ما جاء في حديث ذى الديدن،
 والثالث أنه صلى خمسا على ما في حديث ابن عمر خرجه مسلم والبخاري، والرابع أنه سلم من
 ثلاث على ما في حديث عمران بن الحصين، والخامس السجود عن الشك على ما جاء في
 حديث أبي سعيد الخدري وسيأتى بعد* واختلفوا ما إذا يجب سجود السهو فمبطل يجب
 للزيادة والنقصان وهو الاشهر وقيل للسهو نفسه وبه قال أهل الظاهر والشافعي

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما الأقوال والأفعال التي يسجد لها فان التالين بسجود السهو لكل نقصان أو زيادة
 وقعت في الصلاة على طريق السهو اتفقوا على ان السجود يكون عن سنن الصلاة دون
 الفرائض ودون الرغائب فالرغائب لا شيء عندهم فيها أعني اذا سها عنها في الصلاة ما لم يكن
 أكثر من رغبة واحدة مثل ما يرى مالك أنه لا يجب سجود من نسيان تكبيرة واحدة ويجب
 من أكثر من واحدة وأما الفرائض فلا يجزى عنها الا التالين بها وجبرها اذا كان السهو عنها

مما لا يوجب إعادة الصلاة بأسرها على ما تقدم فيما يوجب الإعادة وما يوجب القضاء أعني على من ترك بعض أركان الصلاة وأما سجود السهول للزيادة فإنه يقع عند الزيادة في القرائن والسنن جميعا فهذه الجملة لا اختلاف بينهم فيها وإنما يختلفون من قبل اختلافهم فيما فرض أو ليس يفرض وفيما هو منها سنة أو ليس بسنة وفيما هو منها سنة أو رغبة مثال ذلك أن عند مالك ليس يسجد ترك الترتوت لأنه عنده مستحب ويسجد له عند الشافعي لأنه عنده سنة وليس يخفى عليك هذا مما تقدم القول فيه من اختلافهم بين ما هو سنة أو فريضة أو رغبة وعند مالك وأصحابه سجود السهول للزيادة اليسيرة في الصلاة وإن كانت من غير جنس الصلاة وينبغي أن تعلم أن السنة والرغبة هي عند عم من باب التنبه وأما تحتان عند عم بالاقول والاكثر أعني في تأكيد أمر بها وذلك راجع إلى قرائن أحوال تلك العبادة ولذلك يكثر اختلافهم في هذا الجنس كثير أحتي أن بعضهم يرى أن في بعض السنن ما إذا تركت عمداً أن كانت فعلاً أو فعلت عمداً أن كانت تركاً أن حكمها حكم الواجب أعني في تعاقب الأئمة بها وهذا موجود كثير لأصحاب مالك وكذلك تجد عم قد اتفقوا ما خلى أهل الظاهر على أن تارك السنن المتكررة بالجملة آثم مثل لو ترك إنسان الوتر أو ركعتي التجر دائماً لكان منساقاً آثماً فكان العبادات بحسب هذا النظر منها ما هي فرض بعينها وبنسبها مثل الصلوات الخمس ومنها ما هي سنة بعينها فرض بنسبها مثل الوتر وركعتي التجر وما أشبه ذلك من السنن وكذلك قد تكون عند بعضهم الرغائب رذائب بعينها سنن بنسبها مثل ما حكيتاه عن مالك من إيجاب السجود لا كثير من تكبيرة واحدة أعني للسهو عنها ولا تكون فيها أحسب عنده ولا سنة بعينها وجسماً

وأما أهل الظاهر فالسنن عندهم هي سنن بعينها لقوله عليه الصلاة والسلام لا أعزاني الذي سأله عن فروض الإسلام: أفأصح أن صدق: دخل الجنة أن صدق وذلك بعد أن قال له والله لا أزيد على هذا ولا أتقص منه يعني القرائن وقد تقدم هذا الحديث واتفقوا من هذا الباب على سجود السهول لترك الخلسة الوسطى واختلافوا فيما هل هي فرض أو سنة وكذلك اختلفوا هل يرجع الإمام إذا سبج به إليها أو ليس يرجع وإن يرجع ففيه يرجع فقال الجمهور يرجع ما لم يستوفأماً وقال قوم يرجع ما لم يعقد الركعة الثالثة وقال قوم لا يرجع أن فارق الأرض قيد شبر وإذا رجع عند الذين لا يرون رجوعه فالجمهور على أن صلاته جائزة وقال قوم تبطل صلاته

﴿الفصل الرابع﴾

وأما صفة سجود السهو فانهم اختلفوا في ذلك فرأى مالك ان حكم سجدة السهو اذا كانت بعد السلام ان يتشهد فيها ويسلم منها وبه قال أبو حنيفة لان السجود كله عنده بعد السلام واذا كانت قبل السلام ان يتشهد لها فقط وان السلام من الصلاة هو سلام منها وبه قال الشافعي اذا كان السجود كله عنده قبل السلام وقدر روى عن مالك انه لا يتشهد للتي قبل السلام وبه قال جماعة قال أبو عمر اما السلام من التي بعد السلام فتأبى عن النبي صلى الله عليه وسلم وأما التشهد فلا أحفظه من وجه ثابت * وسبب هذا الاختلاف هو اختلاف فهم في تصحيح ما ورد من ذلك في حديث ابن مسعود أعنى من انه عليه الصلاة والسلام تشهد بمسلم وتشبهه سجدة السهو بالسجدين الاخيرتين من الصلاة فن شبهها بما لم يوجب لها التشهد وبخاصة اذا كانت في نفس الصلاة وقال أبو بكر بن المنذر اختلف العلماء في هذه المسئلة على ستة أقوال فقالت طائفة لا تشهد فيها ولا تسليم وبه قال أنس بن مالك والحسن وعطاء وقال قوم مقابل هذا وهو ان فيها تشهد أو تسليم وقال قوم فيها تشهد فقط دون تسليم وبه قال الحكم وحماد والنخعي وقال قوم مقابل هذا وهو ان فيها تسليم وليس فيها تشهد وهو قول ابن سيرين والقول الخامس ان شاء تشهد وسلم وان شاء لم يفعل روى ذلك عن عطاء والسادس قول أحمد بن حنبل انه ان سجد بعد السلام تشهد وان سجد قبل السلام لم يتشهد وهو الذي حكينا نحن عن مالك قال أبو بكر قد ثبت انه صلى الله عليه وسلم كبر فيها أربع تكبيرات وانه سلم وفي ثبوت تشهدها نظر

﴿الفصل الخامس﴾

اتفقوا على ان سجود السهو من سنة المنفرد والامام واختلفوا في المأموم يسهو وراء الامام هل عليه سجود أم لا فذهب الجمهور الى أن الامام يحمل عنه السهو وشذمكحول فألزمه السجود في خاصة نفسه * وسبب اختلافهم اختلاف فهم فيما يحمل الامام من الاركان عن المأموم ومالا يحمله واتفقوا على ان الامام اذا سهاا المأموم يتبعه في سجود السهو وان لم يتبعه في سهوه واختلفوا متى يسجد المأموم اذا فاتته مع الامام بعض الصلاة وعلى الامام سجود سهو فقال قوم يسجد مع الامام ثم يقوم لقضاء ما عليه وسواء كان سجوده قبل السلام أو بعده وبه قال عطاء والحسن والنخعي والشعبي وأحمد وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال قوم يقضى ثم

يسجدونه قال ابن سيرين واسحاق وقال قوم اذا سجد قبل التسليم سجد هما معه وان سجد بعد التسليم سجد هما بعد ان يقضى وبه قال مالك والليث والأوزاعي وقال قوم يسجد هما مع الامام ثم يسجد هما ثانية بعد القضاء وبه قال الشافعي * وسبب اختلاف فهم أي أولى وأخلاق أن يتبعه في السجود مصاحبه له أو في آخر صلاته فكانهم اتفقوا على ان الاتباع واجب لقوله عليه الصلاة والسلام : انما جعل الامام ليؤتم به واختلفوا هل موضعه للامام هو موضع السجود أعني في آخر الصلاة أو موضعه معاه ووقت سجود الامام فن أتر مقارنته فعله لفعل الامام على موضع السجود ورأي ذلك شرطاً في الاتباع أعني أن يكون فعلهما واحداً حقاً قال يسجد مع الامام وان لم يأت به في موضع السجود ومن أتر موضع السجود قال يؤخرها الى آخر الصلاة ومن أوجب عليه الامرين أو جوب عليه السجود مرتين وهو ضعيف

﴿ الفصل السادس ﴾

واتموا على ان السنة لمن سها في صلاته ان يسبح له وذلك للرجل لما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : مالي أراكم أكثر من من التصفيق من نابه تنى في صلاته فليسبح فانه اذا سبح التفت اليه وانما التصفيق للنساء واختلفوا في النساء فقال مالك وجماعة ان التسبيح للرجال والنساء وقال الشافعي وجماعة للرجال التسبيح وللنساء التصفيق * والسبب في اختلافهم اختلاف فهم في قوله عليه الصلاة والسلام وانما التصفيق للنساء فمن ذهب الى أن معنى ذلك أن التصفيق هو حكم النساء في السهو وهو الظاهر قال النساء يصنعتن ولا يسبحن ومن فهم من ذلك الذم للتصفيق قال الرجال والنساء في التسبيح سواء وفيه ضعف لانه خروج عن الظاهر بغير دليل الا ان تقاس المرأة في ذلك على الرجل والمرأة كثير ما يخالف حكمها في الصلاة حكم الرجل ولذلك يضعف القياس وأما سجود السهو الذي هو لموضع الشك فان الفقهاء اختلفوا فمن شك في صلاته فلم يدرك صلى أو واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً على ثلاثة مذاهب فقال قوم بنى على اليقين وهو الاقل ولا يجوز به التحري ويسجد سجدتي السهو وهو قول مالك والشافعي وداود وقال أبو حنيفة ان كان أول أمره فسدت صلاته وان تكرر ذلك منه تحرى وعمل على غلبة الظن ثم يسجد سجدتين بعد السلام وقالت طائفة انه ليس عليه اذا شك لارجوع الى يقين ولا تحر وانما عليه السجود فقط اذا شك * والسبب في اختلافهم تعارض ظواهر الآثار الواردة في هذا الباب وذلك ان في هذا الباب ثلاثة آثار،

أحد ما حديث البناء على اليقين وهو حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثلاثاً ثم أربعا فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم فإن كان صلى حمساً شفعن له صلاته وإن كان صلى اثماً مالاً ربع كانتا ترغيباً للشيطان خرجه مسلم ، وإثنان حديث ابن مسعود أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : إذا سها أحدكم في صلاته فليتحرك وليسجد سجدتين وفي رواية أخرى عنه فلينظر أخرى ذلك إلى الصواب ثم ليسجد سجدتين السهو ويتشهد ويسلم ، والثالث حديث أبي هريرة خرجه مالك والخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إن أحدكم إذا قام يصلي جاءه الشيطان فلبس عليه حتى لا يدرى كم صلى فإذا وجد ذلك أحدكم فليسجد سجدتين وهو جالس وفي هذا المعنى أيضاً حديث عبد الله بن جعفر خرجه أبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من شك في صلاته فليسجد سجدتين بعدها ويسلم فذهب الناس في هذه الأحاديث مذهب الجمع ومذهب الترجيح والذين ذهبوا لمذهب الترجيح منهم من لم يلتفت إلى المعارض ومنهم من رام تأويل المعارض وصرفه إلى الذي رجح ومنهم من جمع الأمرين أعني جمع بعضها ورجح بعضها وأول غير المرجح إلى معنى المرجح ومنهم من جمع بين بعضها وأسقط حكم البعض .

فأما من ذهب مذهب الجمع في بعض والترجيح في بعض مع تأويل غير المرجح وصرفه إلى المرجح فمالك بن أنس فإنه حمل حديث أبي سعيد الخدري على الذي لم يستنكحه الشك وحمل حديث أبي هريرة على الذي يغلب عليه الشك ويستنكحه وذلك من باب الجمع وتأويل حديث ابن مسعود على أن المراد بالتحرك هنا هو الرجوع إلى اليقين فأثبت على مذهبه الأحاديث كلها .

وأما من ذهب مذهب الجمع بين بعضها وأسقط البعض وهو الترجيح من غير تأويل المرجح عليه فأبو حنيفة فإنه قال إن حديث أبي سعيد إنما هو حكم من لم يكن عنده ظن غالب يعمل عليه وحديث ابن مسعود على الذي عنده ظن غالب وأسقط حكم حديث أبي هريرة وذلك أنه قال ما في حديث أبي سعيد وابن مسعود زيادة ولا زيادة يجب قبولها ولا أخذ بها وهذا أيضاً كأنه ضرب من الجمع .

وأما الذي رجح بعضها وأسقط حكم البعض فالذين قالوا إنما عليه السجود فقط وذلك أن هؤلاء رجحوا حديث أبي هريرة وأسقطوا حديث أبي سعيد وابن مسعود ولذلك كان أضعف الأقوال فهذا ما رأينا أن ثبتته في هذا القسم من قسمي كتاب الصلاة وهو القول في

الصلاة المفروضة فلنصر بعد الى القول في القسم الثاني من الصلاة الشرعية وهي الصلوات التي ليست فروض عين

﴿ كتاب الصلاة الثاني ﴾

ولان الصلاة التي ليست بفرض وضة على الاعيان منها ما هي سنة ومنها ما هي نفل ومنها ما هي فرض على الكفاية وكانت هذه الاحكام منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه رأينا ان نورد القول في واحدة واحدة من هذه الصلوات وهي بالجملة عشر، ركعتا الفجر، والوتر، والنفل، وركعتا دخول المسجد، والقيام في رمضان، والكسوف، والاستسقاء، والعيدين، وسجود القرآن فانه صلاة ما يشتمل هذا الكتاب على عشرة أبواب والصلاة على الميت نذكرها على حدة في باب أحكام الميت على ما جرت به عادة الفقهاء وهو الذي يترجمونه بكتاب الجائز

﴿ الباب الاول ﴾

التول في الوتر، واختلفوا في الوتر في خمسة مواضع منها في حكمه ومنها في صنفه ومنها في وقته ومنها في التنوت فيه ومنها في صلاته على الراحلة

اما حكمه فقد تقدم القول فيه عند بيان عدد الصلوات المفروضة

وأما صنفه فان مالكا رحمه الله استحباب أن يوتر بثلاث يفصل بينها بسلام وقال أبو حنيفة الوتر ثلاث ركعات من غير أن يفصل بينها بسلام وقال الشافعي الوتر ركعة واحدة ولكل قول من هذه الاقوال سلف من الصحابة والتابعين والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عائشة: أنه كان يصلي من الليل إحدى عشرة ركعة يوتر منها بواحدة ويبيت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: قال صلاة الليل مثنى مثنى فاذا رأيت ان الصبح يدرئك فأوتر بواحدة وخرج مسلم عن عائشة أنه عليه الصلاة والسلام كان: يصلي ثلاث عشرة ركعة يوتر من ذلك بخمس لا يجلس في شيء الا في آخرها وخرج أبو داود عن أبي أيوب الانصاري أنه عليه الصلاة والسلام قال: الوتر حق على كل مسلم فمن أحب أن يوتر بخمس فليفعل ومن

أحب أن يوتر بثلاث فليفعلم ومن أحب أن يوتر بواحدة فليفعلم وخرج أبو داود أنه كان يوتر بسبع وتسع وخمس وخرج عن عبد الله بن قيس قال قلت لعائشة بكم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر قالت كان يوتر بأربع وثلاث وست وثلاث وثمان وثلاث وعشر وثلاث ولم يكن يوتر بأكثر من سبع ولا بأكثر من ثلاث عشرة وحديث ابن عمر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : المغرب وتر صلاة النهار فذهب العلماء في هذه الأحاديث مذهب الترجيح فن ذهب إلى أن الوتر ركعة واحدة فمضياً إلى قوله عليه الصلاة والسلام : فإذا خشيت الصباح فأوتر بواحدة وإلى حديث عائشة أنه كان يوتر بواحدة ومن ذهب إلى أن الوتر ثلاث من غير أن يفصل بينها وقصر حكم الوتر على الثلاث فقط فليس يصح له أن يحتج بشيء مما في هذا الباب لأنها كلها تقتضي التخيير ما عدى حديث ابن عمر أنه قال عليه الصلاة والسلام المغرب وتر صلاة النهار فإن لا في حنفية أن يقول أنه إذا شبه شيء بشيء وجعل حكمهما واحداً كان المشبه به أحرى أن يكون بتلك الصفة ولما شبهت المغرب بوتر صلاة الليل وكانت ثلاثاً وجب أن يكون وتر صلاة الليل ثلاثاً وأما مالك فإنه تمسك في هذا الباب بأنه عليه الصلاة والسلام لم يوتر قط إلا في إرشع فرأى أن ذلك من سنة الوتر وأن أقل ذلك ركعتان فالوتر عنده على الحقيقة إما أن يكون ركعة واحدة ولكن من شرطها أن يتقدمها شفع وأما أن يرى أن الوتر المأمور به هو يشتمل على شفع ووتر فإنه إذا زيد على الشفع وتر صار الكل وترأ ويشهد لهذا المذهب حديث عبد الله بن قيس المتقدم فإنه سمي الوتر فيه العدد المركب من شفع ووتر ويشهد لا اعتقاده أن الوتر هو الركعة الواحدة أنه كان يقول كيف يوتر بواحدة ليس قبلها شيء وأى شيء يوتره وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتره ما قد صلى فإن ظاهر هذا القول أنه كان يرى أن الوتر الشرعي هو العدد الوتر بنفسه أعني الغير مركب من الشفع والوتر وذلك أن هذا هو وتر لغيره وهذا التأويل عليه أولى والحق في هذا أن ظاهر هذه الأحاديث يقتضي التخيير في صفة الوتر من الواحدة إلى التسع على ما روى ذلك من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم والنظر أنما هو في هل من شرط الوتر أن يتقدمه شفع منفصل أم ليس ذلك من شرطه فيشبهه أن يقال ذلك من شرطه لأنه هكذا كان وتر رسول الله صلى الله عليه وسلم ويشبه أن يقال ليس ذلك من شرطه لأن مساماً قد خرج أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا انتهى إلى الوتر أيقظ عائشة فأوترت وظاهر ما هنا كانت توتر دون أن تقدم على وترها شفعاً وأيضاً فإنه قد خرج من طريق عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوتر بتسع ركعات يجلس في الثامنة والتاسعة ولا

يسلم الا في التاسعة ثم يصلي ركعتين وهو جالس فتلك احدى عشرة ركعة فليأسن وأخذ
 اللطم اوتر بسبع ركعات لم يجلس الا في السادسة والسابعة ولم يسلم الا في السابعة ثم يصلي
 ركعتين وهو جالس فتلك تسع ركعات وهذا الحديث اوتر فيه ميتة على الشفع فقيه حجة على
 انه ليس من شرط الوتر ان يتقدمه شفع وان الوتر ينطلق على الثلاث ومن الحجة في ذلك ما روى
 أبوداود عن أنس بن كعب قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : يوتر بسبع اسم ربك
 الاعلى وفل يأياها الكافرون وقل هو الله أحد وعن عائشة مثله وقالت في الثالثة بقل هو أحد
 والمعوذتين

واما وقته فان العلماء اتفقوا على ان وقته من بعد صلاة العشاء الى طلوع الفجر لورود
 ذلك من طرق شتى عنه عليه الصلاة والسلام ومن أثبت ما في ذلك ماخرجه مسلم عن أنس
 بنضرة العوفي ان أباسعيد أخبرهم أنهم سألوا النبي صلى الله عليه وسلم عن الوتر فقال الوتر قبل
 الصبح ٤ واحتلوا في جواز صلاته بعد الفجر فتقوم منه واذلك وقوم أجازوه ما لم يصل
 الصبح وبالقول الاول قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة وسفيان الثوري
 والثاني قال مالك والشافعي وأحمد * وسبب اختلافهم معارضة عمل الصحابة في ذلك
 لا آثار وذلك ان ظاهر الآثار الواردة في ذلك أن لا يجوز أن يصلي بعد الصبح كحديث أنس
 بصرة المتقدم وحديث أنس حذيفة العدوي نص في هذا أخرجه أبوداود وفيه وجعلها لكم
 ما بين صلاه العشاء الى أن يطلع الفجر ولا خلاف بين أهل الأصول ان ما بعد الى بخلاف
 ما قبلها اذا كانت غايته وان هذا وان كان من باب دليل الخطاب فهو من أنواعه المتفق عليها مثل
 قوله (وأتموا الصيام الى الليل) وقوله الى المرفقين لا خلاف بين العلماء ان ما بعد الغاية بخلاف
 الغاية . واما العمل المخالف في ذلك للآثر فانه روى عن ابن مسعود وابن عباس وعبد بن
 الصامت وحذيفة وأبي الدرداء وعائشة أنهم كانوا يوترون بعد الفجر وقبل صلاة الصبح ولم يرو
 عن غيرهم من الصحابة خلاف هذا وقد رأى قوم أن مثل هذا هو داخل في باب الاجماع ولا
 معنى لهذا فانه ليس ينسب الى ساكت قول قائل أعني انه ليس ينسب الى الاجماع من لم يعرف
 لدقوله في المسئلة . وأما هذه المسئلة فكيف يصح ان يقال انه لم يرو في ذلك خلاف عن
 الصحابة وأي خلاف أعظم من خلاف الصحابة الذين رأوا هذه الأحاديث أعني
 خلافهم لهؤلاء الذين أجازوا صلاة الوتر بعد الفجر والذي عندي في هذا ان هذا من فعلهم
 ليس مخالفا لآثار الواردة في ذلك أعني في ايجازتهم الوتر بعد الفجر بل ايجازتهم ذلك هو من
 باب القضاء لا من باب الاداء وانما يكون قولهم خلاف الآثار لو جعلوا صلاته بعد الفجر

من باب الاداء فتأمل هذا وانما يتطرق الخلاف لهذه المسئلة من باب اختلافهم في هل
التضاء في العبادة المؤقتة يحتاج الى أمر جديد أم لا أعنى غير أمر الاداء وهذا التأويل بهم
أليق فان أكثر ما نقل عنهم هذا المذهب من انهم أبصر وايقضون الوتر قبل الصلاة وبعد
النجس وان كان الذى نقل عن ابن مسعود في ذلك قول أعنى انه كان يقول ان وقت الوتر من
بعد العشاء الآخرة الى صلاة الصبح فليس يجب لمكان هذا ان يظن بجميع من ذكرناه من
الصحابه انه يذهب هذا المذهب من قبل انه أبصر يصلى الوتر بعد النجس فينبغى ان تتأمل صفة
النقل في ذلك عنهم وقد حكى ابن المنذر في وقت الوتر عن الناس خمسة أقوال منها القولان
المشهوران اللذان ذكرتهما والقول الثالث انه يصلى الوتر وان صلى الصبح وهو قول طاوس
والرابع انه يصليهما وان طاعت الشمس وبه قول أبو ثور والاوزاعي والخامس انه يوتر من
الليلة القابلة وهو قول سعيد بن جبير وهذا الاختلاف انما سببه اختلافهم في تأكيده وقر به
من درجة النقص فمن رآه أقرب أو جب التضاء في زمان أبعد من الزمان المختص به ومن رآه
أبعد أو جب التضاء في زمان أقرب ومن رآه سنة كسائر السنن ضعف عنده التضاء اذا التضاء
انما يجب في الواجبات وعلى هذا يجبىء اختلافهم في قضاء صلاة العيد لمن فاتته وينبغى الا
يفرق في هذا بين الندب والواجب أعنى ان من رأى ان التضاء في الواجب يكون بامر متجدد
ان يعتد مثل ذلك في الندب ومن رأى انه يجب بالامر الاول ان يعتد مثل ذلك في الندب
وأما اختلافهم في القنوت فيه فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أنه يقنت فيه ومنعه مالك
وأجازة الشافعى في أحد قوليه في النصف الآخر من رمضان وأجازة قوم في النصف الاول من
رمضان وقوم في رمضان كله * والسبب في اختلافهم في ذلك اختلاف الآثار وذلك أنه
روى عنه صلى الله عليه وسلم القنوت مطلقا وروى عنه القنوت شهر او روى عنه ان آخر
أمره لم يكن يقنت في شيء من الصلاة وانه نهى عن ذلك وقد تقدمت هذه المسئلة

وأما صلاة الوتر على الراحلة حيث توجهت به فان الجمهور على جواز ذلك لثبوت ذلك من
فعله عليه الصلاة والسلام أعنى انه كان يوتر على الراحلة وهو ما يعتدونه في الحجة على انها
ليست بفرض اذ كان قد صبح عنه عليه الصلاة والسلام انه كان ينتقل على الراحلة ولم يصح
عنه أنه صلى قط مفروضة على الراحلة وأما الحنفية فلمكان انها قوم معهم على هذه المقدمة
وهو ان كل صلاة مفروضة لا تصلى على الراحلة واعتقادهم ان الوتر فرض وجب عندهم من
ذلك ان لا تصلى على الراحلة وردوا الخبر بالقياس وذلك ضعيف وذهب أكثر العلماء الى

أن المرء إذا أوترنهم نام فقام ينتفل انه لا يوتر ثانية لقوله عليه الصلاة والسلام : لا وتران في ليلة
خرج ذلك أبوداود وذهب بعضهم الى أنه يشنع الوتر الاول بان يضيف اليه ركعة ثانية و يوتر
أخرى بعد التثفل شفعاً وهي المسئلة التي يعرفونها بقتض الوتر وفيه ضعف من وجهين ،
أحدهما ان الوتر ليس ينتقل الى الثفل بتسفيعه ، والثاني ان التثفل بواحدة غير معروف من
الشرع وتجوز هذه ولا تجوز هذه هو سبب الخلاف في ذلك فمن راعى من الوتر المعنى المعتول
وهو ضد الشفع قال ينتقل شفعاً ما إذا أضيف اليه ركعة ثانية ومن راعى منه المعنى الشرعي
قال ليس ينتقل شفعاً لأن الشفع نفل والوتر سنة مؤكدة أو واجبة

❦ الباب الثاني في ركعتي الفجر ❦

واتفقوا على ان ركعتي الفجر سنة لمعاهدته عليه الصلاة والسلام على فعلها أكثر منه على سائر
النوافل ولترغيبه فيها ولا نه قضاها بعد طلع الشمس حين نام عن الصلاة واختلوا من ذلك
في مسائل ، احداها في المستحب من القراءة فيهما فبعد مالك المستحب ان يقرأ فيهما بام القرآن
فقط وقال الشافعي لا بأس أن يقرأ فيهما بام القرآن مع سورة قصيرة وقال أبو حنيفة لا يوقف
فيهما في القراءة يستحب وانه يجوز أن يقرأ فيهما المرء حزبه من الليل * والسبب في اختلافهم
اختلاف قراءته عليه الصلاة والسلام في هذه الصلاة واختلافهم في تعيين القراءة في الصلاة
وذلك انه روى عنه عليه الصلاة والسلام : انه كان يخفف ركعتي الفجر على ما روته عائشة قالت
حتى اني أقول أقرأ فيهما بام القرآن أم لا فظاهر هذا انه كان يقرأ فيهما بام القرآن فقط وروى
عنه من طريق أبي هريرة خروجه أبوداود انه كان يقرأ فيهما بقل هو الله أحد وقل يا أيها
الكافرون فن ذهب مذهب حديث عائشة اختار قراءة أم القرآن فقط ومن ذهب مذهب
الحديث الثماني اختار أم القرآن وسورة قصيرة ومن كان على أصله في انه لا ينعين القراءة في
الصلاة لقوله تعالى (فاقروا ما تيسر منه) قال يقرأ فيهما ما أحب والثانية في صفة القراءة المستحبة
فيهما فذهب مالك والشافعي وأكثرا العلماء الى ان المستحب فيهما هو الا سرا ر وذهب قوم
الى أن المستحب فيهما هو الجهر وخير قوم في ذلك بين الا سرا ر والجهر * والسبب في ذلك
تعارض مفهوم الا سرا ر وذلك ان حديث عائشة المتقدم المفهوم من ظاهره انه عليه الصلاة
والسلام : يقرأ فيهما سرا ر ولولا ذلك لم تشك عائشة هل يقرأ فيهما بام القرآن أم لا وظاهر ما روى
بوهريرة انه كان يقرأ فيهما بقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد ان قراءته عليه السلام فيهما

كانت جهراً أو لولا ذلك ما علم أبو هريرة ما كان يقرأ فيهما فمن ذهب مذهب الترجيح بين هذين الأمرين قال أما باختيار الجهر أن رجح حديث أبي هريرة وأما باختيار الأسرار أن رجح حديث عائشة ومن ذهب مذهب الجمع قال بالتخير ، والثالثة في الذي لم يصل ركعتي الفجر وأدرك الإمام في الصلاة أو دخل المسجد ليصليهما فأقيمت الصلاة فقال مالك إذا كان قد دخل المسجد فأقيمت الصلاة فليدخل مع الإمام في الصلاة ولا يركعهما في المسجد والإمام يصلي الفرض وإن كان لم يدخل المسجد فإن لم يخف أن يفوته الإمام ركعة فليركعها خارج المسجد وإن خاف قوات الركعة فليدخل مع الإمام ثم يصليهما إذا طلعت الشمس ووافق أبو حنيفة ما سلك في الفرق بين أن يدخل المسجد أولاً يدخله وخالفه في الحد في ذلك فقال يركعها خارج المسجد ما ظن أنه يدرك ركعة من الصبح مع الإمام وقال الشافعي إذا أقيمت الصلاة المكتوبة فلا يركعها أصلاً لا داخل المسجد ولا خارجه وحكى ابن المنذر أن قوماً جوزوا ركوعهما في المسجد والإمام يصلي وهو شاذ * والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة فمن حمل هذا على عمومهم لم يحز صلاة ركعتي الفجر إذا أقيمت الصلاة المكتوبة لا خارج المسجد ولا داخله ومن قصره على المسجد فقط أجاز ذلك خارج المسجد ما لم تنته الفريضة أو لم ينهه منها جزء ومن ذهب مذهب العموم فالعلة عند في النهي إنما هو الاشتغال بالنفل عن الفريضة ومن قصر ذلك على المسجد فالعلة عندها إنما هو أن تكون صلاتان معاً في موضع واحد لمكان الاختلاف على الإمام كما روى عن أبي سلمة بن أبي عبد الرحمن أنه قال سمع قوم الإقامة فقاموا يصلون فخرج عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أصلاتان معاً أصلاتان معاً قال وذلك في صلاة الصبح والركعتين اللتين قبل الصبح وإنما اختلف مالك وأبو حنيفة في القدر الذي يراعى من قوات صلاة الفريضة من قبل اختلافهم في القدر الذي به يفوت فضل صلاة الجماعة للمشتغل بركعتي الفجر إذ كان فضل صلاة الجماعة عندهم أفضل من ركعتي الفجر فمن رأى أنه بقوات ركعة منها يفوته فضل صلاة الجماعة قال يتشاغل بها ما لم تنته ركعة من الصلاة المفروضة ومن رأى أنه يدرك الفضل إذا أدرك ركعة من الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام : من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدرك الصلاة أي قد أدرك فضلها وحمل ذلك على عمومهم في نارك ذلك قصداً أو بغير اختيار قال يتشاغل بها ما ظن أنه يدرك ركعة منها ومالك إنما يحمل هذا الحديث والله أعلم على من فاتته الصلاة دون قصد منه لغواتها ولذلك رأى أنه إذا فاتته منها ركعة فقد فاتته فضلها وأما من أجاز ركعتي الفجر في المسجد والصلاة تمام * فالسبب

في ذلك أحد أمرين ، إما أنه لم يصبح عنده هذا الاثر ، أو لم يبلغه قال أبو بكر بن المنذر هو أثر ثابت أعنى قوله عليه الصلاة والسلام : إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة وكذلك صححه أبو عمر بن عبد البر وإجازة ذلك تروى عن ابن مسعود ، والرابعة في وقت قضائها اذا قامت حتى صلى الصبح فن طائفة قالت يتضميها بعد صلاة الصبح وبه قال عطاء وابن جريج وقال قوم يتضميها بعد طلوع الشمس ومن هؤلاء من جعل لها هذا الوقت غير متسع ومنهم من جعله لها متسعاً فقال يتضميها من لدن طلوع الشمس الى وقت الزوال ولا يتضميها بعد الزوال وهؤلاء الذين قالوا بالتضاء منهم من استحجب ذلك ومنهم من خيره والا صل في قضائها صلاتها عليه الصلاة والسلام بعد طلوع الشمس حين نام عن انصلا

﴿ الباب الثالث في النوافل ﴾

واختلفوا في النوافل هل ثني أو ربع أو ثلث فقال مالك والشافعي صلاة التطوع بالليل والنهار مثنى مثنى سلم في كل ركعتين وقال أبو حنيفة ان شاء ثني أو ثلث أو ربع أو سدس أو ثمن دون أن يفصل بينهما بسلام وفرق قوم بين صلاة الليل وصلاة النهار فقالوا صلاة الليل مثنى مثنى وصلاة النهار أربع * والسبب في اختلافهم اختلاف الـ آثار الواردة في هذا الباب وذلك انه ورد في هذا الباب من حديث ابن عمر أن رجلاً سأل النبي عليه الصلاة والسلام عن صلاة الليل فقال : صلاة الليل مثنى مثنى فإذا خشي أحدكم الصبح صلى ركعة واحدة توتر له ما قد صلى وثبت عنه عليه الصلاة والسلام : انه كان يصلي قبل الظير ركعتين وبعدها ركعتين وبعدها المغرب ركعتين وبعدا الجمعة ركعتين وقبل العصر ركعتين فمن أخذ بهذين الحديثين قال صلاة الليل والنهار مثنى مثنى وثبت أيضاً من حديث عائشة انها قالت وقد وصفت صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي أربعاً فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلي أربعاً فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلي ثلاثاً قالت فقلت يا رسول الله أتنام قبل أن توتر قال يا عائشة إن عيني تنامان ولا يتام قلبي وثبت عنه أيضاً من طريق أبي هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام : من كان يصلي بعد الجمعة فليصل أربعاً وروى الاسود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : كان يصلي من الليل تسع ركعات فلما أسن صلى سبع ركعات فمن أخذ أيضاً بظاهر هذه الاحاديث جوز التنفل بالاربعة والثلاث دون أن يفصل بينهما بسلام والجمهور على انه لا يتنفل بواحدة وأحسب ان فيه خلافاً شاذاً

﴿الباب الرابع﴾

في ركعتي دخول المسجد والجمهور على أن ركعتي دخول المسجد مندوب اليهما من غير إيجاب
 وذهب أهل الظاهر إلى وجوبها * وسبب الخلاف في ذلك هل الأمر في قوله عليه الصلاة
 السلام: إذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين محمول على الندب أو على الوجوب فإن الحديث
 متفق على صحته فمن تمسك في ذلك بما اتفق عليه الجمهور من أن الأصل هو حمل الأمر المطلقة
 على الوجوب حتى يدل الدليل على الندب ولم يتقدح عنده دليل ينقل الحكم من الوجوب
 إلى الندب قال الركعتان واجبتان ومن اتقدح عنده دليل على حمل الأمر ههنا على الندب
 أو كان الأصل عنده في الأمر أن تحمل على الندب حتى يدل الدليل على الوجوب فإن هذا
 قد قال به قوم قال الركعتان غير واجبتين لكن الجمهور أعمادهما إلى حمل الأمر ههنا على
 الندب لما كان التعارض الذي بينه وبين الأحاديث التي تقتضي بظاهرها أو نصها أن لا
 صلاة مفروضة إلا الصلوات الخمس التي ذكرناها في صدر هذا الكتاب مثل حديث
 الأعرابي وغيره وذلك أنه إن حمل الأمر ههنا على الوجوب لزم أن تكون المفروضات أكثر
 من خمس ولما أوجبها أن الوجوب ههنا أعماهم متعلق بدخول المسجد لا مطلقاً كالأمر
 بالصلوات المفروضة وللنفهاء أن تنفيذ وجوبها بالمسكان شبيهه بتقييد وجوب الزمان ولا هل
 الظاهر أن المسكن المخصوص ليس من شرط صحة الصلاة والزمان من شرط صحة الصلاة
 المفروضة * واختلف العلماء من هذا الباب فمن حاء المسجد وقد ركع ركعتي الفجر في بيته
 هل يركع عند دخوله المسجد أم لا فقال الشافعي ركع وهي رواية أشبهت عن مالك وقال أبو
 حنيفة لا يركع وهي رواية أبي القاسم عن مالك * وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله عليه
 الصلاة والسلام: إذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة بعد
 الفجر إلا ركعتي الصبح فههنا عمومان وخصوصان، أحدهما في الزمان، والآخر في الصلاة
 وذلك أن حديث الأمر بالصلاة عند دخول المسجد عام في الزمان خاص في الصلاة والنهي
 عن الصلاة بعد الفجر إلا ركعتي الصبح خاص في الزمان عام في الصلاة فمن استثنى خاص
 الصلاة من عامها رأى الركوع بعد ركعتي الفجر ومن استثنى خاص الزمان من عامه لم يوجب
 ذلك وقد قلنا أن مثل هذا التعارض إذا وقع فلا يسبب أن يصار إلى أحد التخصيصين إلا
 بدليل وحديث النهي لا يعارض به حديث الأمر اثباتاً والله أعلم فإن ثبت الحديث وجب
 طلب الدليل من موضع آخر .

أبو عمر هذان الحديثان من أصح ما روى في هذا الباب فنأخذ بهذين الحديثين ورجحهما على غيرهما من قبل النقل قال صلاة الكسوف ركعتان في ركعة وورد أيضاً من حديث أبي بكر وسمرة بن جندب وعبد الله بن عمر والنعمان بن بشير أنه صلى في الكسوف ركعتين . كصلاة العيد قال أبو عمر بن عبد البر هو كلها آثار مشهورة صحاح ومن أحسنها حديث أبي قلابة عن النعمان بن بشير قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في الكسوف نحو صلاة تسلم يركع ويسجد ركعتين ركعتين ويسأل الله حتى تجلت الشمس فنرجح هذه الآثار لكثرتها وموافقتها للقياس أعنى موافقتها للصلوات قال صلاة الكسوف ركعتان . قال القاضي خرج مسلم حديث سمرة قال أبو عمر وبالجملة فأنما صار كل فريق منهم إلى ما روى عن سلفه ولذلك رأى بعض أهل العلم أن هذا كله على التخيير ومن قل بذلك الطبري ، قال القاضي وهو الأولى فإن الجمع أولى من الترجيح قال أبو عمر وقد روى في صلاة الكسوف عشر ركعات في ركعتين وثمان ركعات في ركعتين وست ركعات في ركعتين وأربع ركعات في ركعتين لكن من طرق ضعيفة . قال أبو بكر بن المنذر وقال إسحاق بن راهويه كل ما ورد من ذلك فهو تلف غير مختلف لأن الاعتبار في ذلك لتجلى الكسوف فلزاده في الركوع أعما تقع بحسب اختلاف التجلي في الكسوفات التي صلى فيها وروى عن العلاء بن زياد أنه كان يرى أن المصلي ينظر إلى الشمس إذا رفع رأسه من الركوع فإن كانت قد تجلت بسجدة وأضاف إليها ركعة ثانية وإن كانت لم تجل ركع في الركعة الواحدة ركعة ثانية ثم نظر إلى الشمس فإن كانت تجلت بسجدة وأضاف إليها ثانية وإن كانت لم تجل ركع ثالثة في الركعة الأولى وهكذا حتى نتجلى وكان إسحاق بن راهويه يقول لا يتعدى بذلك أربع ركعات في ركعة لأنه لم يثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام أكثر من ذلك وقال أبو بكر بن المنذر وكان بعض أصحابنا يقول الاختيار في صلاة الكسوف ثابت والخيار في ذلك للمصلي أن شاء في كل ركعة ركوعين وأن شاء ثلاثة وإن شاء أربعة ولم يصح عنده ذلك قال وهذا يدل على أن النبي عليه الصلاة والسلام صلى في كسوفات كثيرة ، قال القاضي هذا الذي ذكره هو الذي خرج به مسلم ولا أدري كيف قال أبو عمر فيها أنها وردت من طرق ضعيفة وأما عشر ركعات في ركعتين فأنما أخرجه أبو داود فقط .

المسئلة الثانية ١٠ واختلغوا في التراءة فيها فذهب مالك والشافعي إلى أن القراءة فيها سر وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن وأحمد وإسحاق وابن راهويه يجهر بالتراءة فيها * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك بمفهومها وبصيغها وذلك أن مفهوم

حديث ابن عباس الثابت انه قد قرأ أسراً لتولاه فيه عنه عليه الصلاة والسلام فقام قياماً محتواً من سورة البقرة وقد روى هذا المعنى نصاً عنه انه قال قمت الى جنب رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسمعت منه حرفاً وقد روى أيضاً من طريق ابن اسحاق عن عائشة في صلاة الكسوف انها قالت تحريت قراءته فخررت انه قد قرأ سورة البقرة فمن رجح هذه الاحاديث قال ان قراءته فيها سر ولم يكن ما جاء في هذه الا تاراستحب مالك والشافعي ان يقرأ في الاولى البقرة وفي الثانية آل عمران وفي الثالثة بقدر مائة وخمسين آية من البقرة وفي الرابعة بقدر خمسين آية من البقرة وفي كل واحدة ام القرآن ورجحوا أيضاً مذهبهم هذا بما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال: صلاة اثم ارجعها ووردت ههنا أيضاً احاديث مخالفة لهذه فيها انه روى انه عليه الصلاة والسلام: قرأ في احدى الركعتين من صلاة الكسوف بالنجم ومنه يوم هذا انه جهر وكان أحمد واسحاق يحتجان لهذا المذهب بحديث سفيان بن الحسن عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي عليه الصلاة والسلام: جهر بالقراءة في كسوف الشمس قال أبو عمر سنيان ابن الحسن ليس بالقوى وقال وقد تابعه على ذلك عن الزهري عبد الرحمن بن سليمان بن كثير وكلهم لبس في الحديث الزهري مع أن حديث ابن اسحاق المتقدم عن عائشة يعارضه واحتج هؤلاء أيضاً لمذهبهم بالتباس الشبهى فقالوا صلاة سنة تجعل في جماعة ههنا فوجب ان يجهر فيها أصله العيدان والاستسقاء وخير في ذلك كله الطبري وهي طريقة الجمع وقد قلنا انها أولى من طريقة ترجيح اذا أمكنت ولا خلاف في هذا أعلاه بين الاصوليين .

المسئلة الثالثة (١) واختلفوا في الوقت الذي تصلى فيه فقال الشافعي تصلى في جميع الاوقات المنهى عن الصلاة فيها وغير المنهى وقال أبو حنيفة لا تصلى في الاوقات المنهى عن الصلاة فيها وأما مالك فروى عنه ابن وهب أنه قال لا يصلى لكسوف الشمس الا في الوقت الذي تجوز فيه النافلة وروى ابن القاسم أن سنها ان تصلى ضحى الى الزوال * وسبب اختلافهم في هذه المسئلة اختلافهم في جنس الصلاة التي لا تصلى في الاوقات المنهى عنها فمن رأى أن تلك الاوقات تختص بجميع اجناس الصلاة لم يجز فيها صلاة كسوف ولا غيرها ومن رأى ان تلك الاحاديث تختص بالنوافل وكانت الصلاة عنده في الكسوف سنة أجاز ذلك ومن رأى أيضاً انها من النفل لم يجزها في اوقات النهي وأما رواية ابن القاسم عن مالك فليس لها وجه الا تشبهها بصلاة العيد .

المسئلة الرابعة (٢) واختلفوا أيضاً هل من شرطها الخطبة بعد الصلاة فذهب الشافعي الى أن ذلك من شرطها وذهب مالك وأبو حنيفة الى انه لا خطبة في صلاة الكسوف

❦ والسبب في اختلاف فهم اختلاف فهم في العلة التي من أجلها خطب رسول الله الناس لما أنصرف من صلاة الكسوف على ما في حديث عائشة وذلك أنها روت أنه لما أنصرف من الصلاة وقد تجابت الشمس حمد الله وأثنى عليه ثم قال: إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يحسنان لموت أحد ولا لحياته الحديث فزعم الشافعي أنه إنما خطب لأن من سنة هذه الصلاة الخطبة كالحال في صلاة العيدين والاستسقاء وزعم بعض من قال بقول أولئك أن خطبة النبي عليه الصلاة والسلام إنما كانت يومئذ لأن الناس زعموا أن الشمس إنما كسفت لموت إبراهيم ابنه عليه السلام

❧ المسئلة الخامسة ❧ واختلفوا في كسوف القمر فذهب الشافعي إلى أنه يصلى له في جماعة وعلى نحو ما يصلى في كسوف الشمس وبه قال أحمد وداود وجماعة وذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنه لا يصلى له في جماعة واستحبوا أن يصلى الناس له إذا زاد ركعتين كسائر الصلوات النافلة ❦ وبسبب اختلاف فهم اختلاف فهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا يحسنان لموت أحد ولا لحياته فإذا رآتموها فادعوا الله وصلوا حتى يكشف ما بكم وتصعدوا آخرجه البخاري ومسلم فمن فهم ههنا من الأمر بالصلاة فهم بمعنى واحد وهي الصفة التي فعلها في كسوف الشمس رأى الصلاة فيها في جماعة ومن فهم من ذلك معنى مختلفاً لأنه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام أنه صلى في كسوف القمر مع كثرة دورانه قال المفهوم من ذلك أقل ما ينطلق عليه اسم صلاة في الشرع وهي النافلة فذاً وكان قائل هذا القول يرى أن الأصل هو أن يحمل اسم الصلاة في الشرع إذا ورد إلا مر بها على أقل ما ينطلق عليه هذا الاسم في الشرع إلا أن يدل الدليل على غير ذلك فلم يبدل فعله عليه الصلاة والسلام في كسوف الشمس على غير ذلك بقي المفهوم في كسوف القمر على أصايد الشافعي يجعل فعله في كسوف الشمس بياناً لمحمل ما أمر به من الصلاة فيها فوجب الوقوف عند ذلك وزعم أبو عمر بن عبد البر اندر وى عن ابن عباس وعثمان أنهما صليا في القمر في جماعة ركعتين في كل ركعة ركوعاً مثل قول الشافعي وقد استحب قوم الصلاة للزلازل والريح والغلبة وغير ذلك من الآيات قياساً على كسوف القمر والشمس لنصه عليه الصلاة والسلام على العلة في ذلك وهو كونها آية ومومن أقوى اجتناس القياس عندهم لا بقياس العلة التي نص عليها لكن لم يرهذا مالك ولا الشافعي ولا جماعة من أهل العلم وقال أبو حنيفة أن صلى للزلازل فقد أحسن والأفلا حرج وروى ابن عباس أنه صلى لها مثل صلاة الكسوف .

باب السابع في صلاة الاستسقاء

أجمع العلماء على أن الخروج إلى الاستسقاء والنبروز عن المنصر والدعاء إلى الله تعالى والتضرع إليه في نزول المطر سنة سنهارسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في الصلاة في الاستسقاء فجمهور على أن ذلك من سنة الخروج إلى الاستسقاء إلا بأحنيقة فإنه قال ليس من سنة الصلاة. وسبب الخلاف أنه ورد في بعض الآثار أنه استسقى وصلى وفي بعضها لم يذكر فيها صلاة ومن أشهر ما ورد في أنه صلى الله عليه وسلم وأخذوا الجمهور حديث عباد بن تميم عن عمه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج بثلثين يستسقى فصلى بهم ركعتين جهر فيهما بالترادة ورفع يديه حذو منكبيه وحول رداءه واستقبل القبلة واستسقى خرجه البخاري ومسلم وأما الأحاديث التي ذكر فيها الاستسقاء وليس فيها ذكر للصلاة فمنها حديث أنس بن مالك خرج به مسلم أنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله هلكت المواتي وتقصعت أسبل فدع الله فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فمطرنا من الجمعة إلى الجمعة ومنها حديث عبد الله بن زيد المازني وفيه أنه قال خرج به رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستسقى وحول رداءه حين استقبل القبلة ولم يذكر فيه صلاة وزعم القائلون بظاهر هذا الأمر أن ذلك مروى عن عمر بن الخطاب أعني أنه خرج إلى المنصلي فاستسقى ولم يصل واجهة للجمهور رآه من يذكر شيئا فليس هو بحجة على من ذكره والذي يدل عليه اختلاف الآثار في ذلك ليس عندي فيه شيء أكثر من أن الصلاة ليست من شرط صحة الاستسقاء إذ قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قد استسقى على المنبر لانه ليست من سنته كما ذهب إليه أبو حنيفة وأجمع القائلون أن الصلاة من سنته على أن الخطبة أيضا من سنته لورود ذلك في الآثار قال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الاستسقاء وخطب واختلجوا هل هي قبل الصلاة أو بعدها لا اختلاف إلا في ذلك فرأى قوم أنها بعد الصلاة فقيسوا على صلاة العيدين وسئل الشافعي ومالك وقال الليث بن سعد الخطبة قبل الصلاة قال ابن المنذر قد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه استسقى فخطب قبل الصلاة وروى عن عمر بن الخطاب مثل ذلك وبه تأخذ. قال القاضي وقد خرج ذلك أبو داود من طرق ومن ذكر الخطبة فثبت ذكرها في عامي قبل الصلاة وانفقوا على أن التراءة فيها أجهر رأي واختلفوا هل يكبر فيها كما يكبر في العيدين فذهب مالك إلى أنه يكبر فيها كما يكبر في سائر الصلوات وذهب الشافعي إلى أنه يكبر فيها كما يكبر في العيدين. وسبب الخلاف اختلافهم في قياسها على صلاة العيدين

وقد احتج الشافعي لأذنيه في ذلك بما روى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: صلى فيها ركعتين كما يصلي في العيدين واشتقوا على أن من سنتها أن يستقبل الامام القبلة واقفا ويدعوه يحول رداءه رافعا يديه على ما جاء في الآثار وهو يختلف في كيفية ذلك ومتى يفعل ذلك فأما كيف ذلك فالجواب هو على أنه يجعل ماعلى يمينه على شماله وماعلى شماله على يمينه وقال الشافعي بل يجعل أعلاه أسفله وماعلى يمينه منه على يساره وماعلى يساره على يمينه * وسبب الاختلاف اختلاف الآثار في ذلك وذلك أنه جاء في حديث عبد الله بن زيد أنه صلى الله عليه وسلم: خرج الى المصلى يستسقي فاستقبل القملة وقلب رداءه وصلى ركعتين وفي بعض رواياته قلت أجعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال أم جعل أعلاه أسفله قال بل جعل الشمال على اليمين واليمين على الشمال وجاء أيضاً في حديث عبد الله هذا أنه قال استسقي رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه خميصة له سوداء فأراد أن يأخذ بأسفلها فيجعلها أعلاها فلما تقلت عليه قلبها على عاتقه

وأما متى يفعل الامام ذلك فن مالك والشافعي قالوا يفعل ذلك عند الفراغ من الخطبة وقال أبو يوسف يحول رداءه اذا مضى صدر من الخطبة وروى ذلك أيضاً عن مالك وكلمتهم يقول انه اذا حول الامم رداءه قائماً حول الناس ارديتهم جلوساً لقوله عليه الصلاة والسلام: إنما جعل الامام ليؤتم به الا محمد بن الحسن والليث بن سعد وبعض أصحاب مالك فان الناس عندهم لا يحولون ارديتهم به فيحول بل الامام لانه لم يتقل ذلك في صلاته عليه الصلاة والسلام بهم وجماعة العلماء على أن الخروج لها وقت الخروج الى صلاة العيد بن الأناكر ابن محمد بن عمر بن حزم فنه قل ان الخروج اليها عند الرمال وروى أبو داود عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: خرج الى الاستسقاء حين بدا حاجب الشمس .

﴿ الباب النامن في صلاة العيدين ﴾

أجمع العلماء على استحسان الغسل لصلاة العيدين وأنهما بلا أذان ولا اقامة لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ما أحدث من ذلك معاوية في أصح الاقاويل قاله أبو عمر وكذلك أجمعوا على أن السنة فيها تقديم الصلاة على الخطبة لثبوت ذلك أيضاً عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ما روى عن عثمان بن عفان انه أخر الصلاة وقدم الخطبة لئلا يفترق الناس فيل الخطبة وأجمعوا أيضاً على انه لا توقيت في التراءة في العيدين وأكثرهم استحباب أن يقرأ في الاولى بسبح وفي الثانية بالغاثية لتوارد ذلك عن رسول الله

صلى الله عليه وسلم واستحب الشافعي القراءة فيهما بقاف والقرآن المجيد واقتربت الساعة
 لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام، واختلفوا من ذلك في مسائل أشهرها اختلافهم في
 التكبير وذلك انه حكى في ذلك أبو بكر بن المنذر نحواً من اثني عشر قولاً الا اننا ذكرنا ذلك
 المشهور الذي يستند الى صحابي أو سماع (فتقول) ذهب مالك الى أن التكبير في الاولى من
 ركعتي العيدين سبع مع تكبيرة الاحرام قبل القراءة وفي الثانية ست مع تكبيرة التيام من
 السجود وقال الشافعي في الاولى ثمانية وفي الثانية ست مع تكبيرة التيام من السجود وقال
 أبو حنيفة يكبر في الاولى ثلاثاً بعد تكبيرة الاحرام يرفع يديه فيها ثم يقرأ أم القرآن وسورة ثم
 يكبر راكعاً ولا يرفع يديه فاذا قام الى الثانية كبر ولم يرفع يديه وقرأ فاتحة الكتاب وسورة ثم
 كبر ثلاث تكبيرات يرفع فيها يديه ثم يكبر للركوع ولا يرفع فيها يديه وقال قوم فيها تسع في كل ركعة
 وهو مروى عن ابن عباس والمغيرة بن شعبة وأُس بن مالك وسعيد بن المسيب وبه قال
 النخعي * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار المتقدمة في ذلك عن الصحابة فذهب مالك
 رحمه الله الى ما رواه عن ابن عمر انه قال شهدت الاضحية والطرمع أبي هريرة فكبر في الاولى
 سبع تكبيرات قبل القراءة وفي الآخرة خمساً قبل القراءة ولان العمل عنده بالمدينة كان على
 هذا من هذا الاثر بعينه أخذ الشافعي الا انه تأول في السبع انه ليس فيها تكبيرة الاحرام كما
 ليس في الخمس تكبيرة التيام ويشبه أن يكون مالك انما أصاره أن يعد تكبيرة الاحرام في
 السبع ويعد تكبيرة التيام زائداً على الخمس المروية ان العمل انما هو على ذلك فكانه عنده وجه
 من الجمع بين الاثر والعمل وقد خرّج أبو داود ومعنى حديث أبي هريرة مرفوعاً عن عائشة
 وعن عمرو بن العاصي وروى أنه سئل أبو موسى الاشعري وحذيفة بن ايمان كيف كان
 رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبر في الاضحية والنظر في ذلك أبو موسى كان يكبر أربعاً على
 الحناجر فقال حذيفة صدق فقال أبو موسى كذلك كنت أكر في البصرة حين كنت عليهم
 وقال قوم هذا وأما أبو حنيفة وسائر الكوفيين فانهم اعتقدوا في ذلك على ابن مسعود وذلك
 انه ثبت عنه انه كان يعلمهم صلاة العيدين على الصنعة المتقدمة وانما صار الجميع الى الاخذ
 بما قبل الصحابة في هذه المسئلة لانه لم يثبت فيها عن النبي عليه الصلاة والسلام شيء ومعلوم
 أن فعل الصحابة في ذلك هو توقيف اذ لا مدخل للقياس في ذلك وكذلك اختلفوا في رفع
 اليدين عند كل تكبيرة فذهب منهم من رأى ذلك وهو مذهب الشافعي ومنهم من لم يرفع الا في
 الاستفتاح فقط ومنهم من خير * واختلفوا فيمن تجب عليه صلاة العيد اعني وجوب السنة
 فتاات طائفة يصلونها الحاضر والمسافر وبه قال الشافعي والحسن البصري وكذلك قال

الشافعي انه يصلها أهل البوادي ومن لا يجمع حتى المرأة في بيتها وقال أبو حنيفة وأصحابه انما
تجب صلاة الجمعة والعيد على أهل الامصار والمدائن وروى عن علي أنه قال: لا الجمعة ولا
تشرى الا في مصر جامع وروى عن الزهري انه قال: لا صلاة فطر ولا أضحي على مسافر *
والسبب في هذا الاختلاف اختلافهم في قياسها على الجمعة فمن قاسها على الجمعة كان مذهبه
فيها على مذهبه في الجمعة ومن لم يقسها رأى ان الأصل هو أن كل مكلف مخاطب بها حتى يثبت
استثناؤه من الخطاب ، قال القاضي قد فرقت السنة بين الحكم للنساء في العيد والجمعة
وذلك انه ثبت انه عليه الصلاة والسلام أمر النساء بالخروج للعيدين ولم يأمر بذلك في الجمعة
وكذلك اختلفوا في الموضع الذي يجب منه الحيء اليها كاختلافهم في صلاة الجمعة من الثلاثة
الاميال الى مسيرة اليوم التام واتفقوا على أن وفها من شروق الشمس الى الزوال واختلفوا
فمن لم يأتهم علم بانه العيد الا بعد الزوال فتالت طائفة ليس عليهم أن يصلوا يومهم ولا من الغد
وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وقال آخرون يخرجون الى الصلاة في غداة ثاني العيد وبه
قال الاوزاعي وأحمد واسحاق قال أبو بكر بن المنذر وبه يقول الحديث ويناؤه عن النبي
عليه الصلاة والسلام: انه أمرهم أن يفطروا فاذا أصبحوا أن يعودوا الى مصلاهم . قال القاضي
خرجه أبو داود الا أنه عن صحابي مجهول ولكن الأصل فيهم رضى الله عنهم حملهم على العدالة
واختلفوا اذا اجتمع في يوم واحد عيد وجمعة هل يحرم العيد عن الجمعة فقال قوم يحرم العيد
عن الجمعة وليس عليه في ذلك اليوم الا العصر فقط وبه قال عطاء وروى ذلك عن ابن الزبير
وعلى وقال قوم هذه رخصة لأهل البوادي الذين يردون الامصار للعيد والجمعة خاصة كما
روى عن عثمان أنه خطب في يوم عيد وجمعة فقال من أحب من أهل العالية أن ينتظر الجمعة
فلينتظر ومن أحب أن يرجع فليرجع رواه مالك في الموطأ وروى نحوه عن عمر بن عبد العزيز
وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة اذا اجتمع عيد وجمعة فالمكلف مخاطب بهما جميعاً
العيد على أنه سنة والجمعة على أنها فرض ولا يتوب أحدهما عن الآخر وهذا هو الأصل
الا أن ثبت في ذلك شرع يجب المصير اليه ومن تمسك بقول عثمان فلا نه رأى أن مثل هذا
ليس هو بالرأى وانما هو توقيف وليس هو بخارج عن الأصول كل الخروج
وأما اسقاط فرض الظهر والجمعة التي هي بدلها لمكان صلاة العيد فخارج عن الأصول
جداً الا أن ثبت في ذلك شرع يجب المصير اليه * واختلفوا فيمن تفوته صلاة العيد مع الامام
فقال قوم يصلى أربعاً وبه قال أحمد والثوري وهو مروي عن ابن مسعود وقا ، قوم بل
يقضيها على صفة صلاة الامام ركعتين يكبر فيهما نحو تكبيره ويحجر كجهره وبه قال الشافعي

وأبو ثور وقال قوم بل ركعتين فقط لا يحجر فيهما ولا يكبر تكبير العيد وقال قوم ان صلى الإمام في المصلي صلى ركعتين وان صلى في غير المصلي صلى أربع ركعات وقال قوم لا قضاء عليه أصلاً وهو قول مالك وأصحابه وحكى ابن المنذر عنه مثل قول الشافعي فمن قال أر بعاً شبهها بصلاة الجمعة وهو تشبيه ضعيف ومن قال ركعتين كما صلاهما إلا ما في فصيلاً إلى أن الأصل هو أن القضاء يجب أن يكون على صفة الأداء ومن منع القضاء فلا نه رأى إماماً صلاة من شرطها الجماعة والإمام كالجمعة فلم يجب قضاؤها ركعتين ولا أر بعاً إذ ليست هي بدلاً من شيء وهذا القولان هما اللذان يتردد فيهما النظر أعني قول الشافعي وقول مالك وأما سائر الأقاويل في ذلك فضعيف لا معنى لذل أن صلاة الجمعة بدل من الظهر وهذا ليس بدلاً من شيء فكيف يجب أن تقاس أحداً على الأخرى في القضاء وعلى الحقيقة فليس من فاتته الجمعة فصلاؤه للظهر قضاء بل هي أداء لأنه إذا فاتته البدل وجبت هي والله الموفق للصواب * واختلفوا في التنفل قبل صلاة العيد وبعدها فالجمهور على أنه لا يتنفل قبلها ولا بعدها وهو مروي عن علي بن أبي طالب وابن مسعود وحذيفة وجابر وبه قال أحمد وقيل يتنفل قبلها وبعدها وهو مذهب أنس وعروة وبه قال الشافعي وفيه قول ثالث وهو أن يتنفل بعدها ولا يتنفل قبلها وقال به الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة وهو مروي أيضاً عن ابن مسعود وفرق قوم بين أن تكون الصلاة في المصلي أو في المسجد وهو مشهور مذهب مالك * وسبب اختلافهم أنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج يوم فطر أو يوم أضحى فصلى ركعتين لم يصل قبلهما ولا بعدهما وقال عليه الصلاة والسلام إذا جاء أحدكم المسجد فليركع ركعتين وتردها أيضاً من حيث هي مشروعة بين أن يكون حكمها في استحباب التنفل قبلها وبعدها حكم المكتوبة أولاً يكون ذلك حكمها فمن رأى أن ترك الصلاة قبلها وبعدها هو من باب ترك الصلاة قبل السنن وبعدها لم ينطلق اسم المسجد عنده على المصلي لم يستحب تنفلاً لا قبلها ولا بعدها ولذلك تردد المذهب في الصلاة قبلها إذا صليت في المسجد لكون دليل العمل معارضاً في ذلك القول أعني أنه من حيث هو داخل في مسجد يستحب له الركوع ومن حيث هو مصلي صلاة العيد يستحب له أن لا يركع تشبهاً بفعله عليه الصلاة والسلام ومن رأى أن ذلك من باب الرخصة ورأى أن اسم المسجد ينطبق على المصلي ندب إلى التنفل قبلها ومن شبهها بالصلاة المفروضة استحب التنفل قبلها وبعدها كما قلنا ورأى قوم أن التنفل قبلها وبعدها من باب المباح الجائز لا من باب المنع ولا من باب المكروه وهو أقل اشتباهاً أن لم يتناول اسم المسجد المصلي

واختلفوا في وقت التكبير في عيد الفطر بعد أن أجمع على استحبابه الجمهور لقوله تعالى ولتكلموا العدة ولتكبروا لله على ما هداكم فقال جمهور العلماء يكبر عند الغدو إلى الصلاة وهو مذهب ابن عمر وجماعة من الصحابة والتابعين وبه قال مالك وأحمد وإسحق وأبو ثور وقال قوم يكبر من ليلة الفطر إذا رآوا الهلال حتى يغدوا إلى المصلي وحتى يخرج الإمام وكذلك في ليلة الأضحي عندهم أن لم يكن حاجا وروى عن ابن عباس إنكار التكبير جملة إلا إذا كبر الإمام وانفقوا أيضا على التكبير في أدبار الصلوات أيام الحج واختلفوا في توقيت ذلك اختلافا كثيرا فقال قوم يكبر من صلاة الصبح يوم عرفة إلى العصر من آخر أيام التشريق وبه قال سفيان وأحمد وأبو ثور وقيل يكبر من صلاة الظهر من يوم النحر إلى صلاة الصبح من آخر أيام التشريق وهو قول مالك والشافعي وقال الزهري مضت السنة أن يكبر الإمام في الأمصار برب صلاة الظهر من يوم النحر إلى العصر من آخر أيام التشريق وبالجملة فالخلاف في ذلك كثير حكى ابن المنذر فيها عشرة أقوال * وسبب اختلافهم في ذلك هو أنه تاملت بالعمل ولم ينقل في ذلك قول محدود فلما اختلفت الصحابة في ذلك اختلف بعدهم والأصل في هذا الباب قوله تعالى (واذكروا الله في أيام معدودات) فهذا الخطاب وإن كان المتصوِّد به أولا أهل الحج فإن الجمهور رأوا أنه يعم أهل الحج وغيرهم وتلقى ذلك بالعمل وإن كان اختلفوا في التوقيت في ذلك ولعل التوقيت في ذلك على التخيير لأنهم كلهم أجمعوا على التوقيت واختلفوا فيه وقال قوم التكبير برب الصلوات في هذه الأيام إنما هو لمن صلى في جماعة وكذلك اختلفوا في صفة التكبير في هذه الأيام فقال مالك والشافعي يكبر ثلاثا لله أكبر الله أكبر الله أكبر وقيل يزيد بعد هذا لا إله إلا الله وحده لا شريك له لا إله إلا الله الحمد وهو على كل شيء قدير وروى عن ابن عباس أنه يقول الله أكبر كبيرا ثلاث مرات ثم يقول الرابعة والله الحمد وقالت جماعة ليس فيه شيء موقت * والسبب في هذا الاختلاف عدم التحديد في ذلك في الشرع مع فهمهم من الشرع في ذلك التوقيت أعني فهمه إلا كثرة وهذا هو السبب في اختلافهم في توقيت زمان التكبير أعني فهم التوقيت مع عدم النص في ذلك وأجمعوا على أنه يستحب أن يفطر في عيد الفطر قبل الغدو إلى المصلي وإن لا يفطر يوم الأضحي إلا بعد الانصراف من الصلاة وأنه يستحب أن يرجع على غير الطريق التي مشى عليها الثبوت ذلك من فعله عليه الصلاة والسلام .

الباب التاسع في سجود القرآن

والسلام في هذا الباب ينحصر في خمسة فصول ، في حكم السجود ، وفي عدد السجودات التي هي عزائم أعني التي يستجد لها ، وفي الاوقات التي يستجد لها وعلى من يجب السجود ، وفي صفة السجود .

فاما حكم سجود التلاوة فان أباحيفه وأخبا به قالوا هو واجب وقال مالك والشافعي هو مستنون وليس بواجب . وسبب الخلاف اختلافهم في مفهوم الامر بالسجود والاخبار التي معناها معنى الامر بالسجود مثل قوله تعالى (اذنتلى عليهم آيات الرحمن خروا وسجدوا وبكيا) هل هي محمولة على الوجوب أو على الندب فأبو حنيفة حملها على ظاهرها من الوجوب ومالك والشافعي اتبعافى مفهومها الصحابة اذ كانوا هم أقعد بفهم الامر الشرعية وذلك انه لما ثبت ان عمر بن الخطاب قرأ السجدة يوم الجمعة فنزل وسجد وسجد الناس معه فلما كان في الجمعة الثانية وقرأها تنهيا الناس للسجود فقال على رسلهم ان الله لم يكتبها علينا الا أن شاء قالوا وهذا بما يحتج به من يرى قول الضحاني اذ لم يكن له مخالف وهم أفهم بعزى الشرع وهذا انما يحتج به من يرى قول الضحاني اذ لم يكن له مخالف حجة وقد احتج أصحاب الشافعي في ذلك بحديث زيد بن ثابت انه قال كنت اقرأ القرآن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقرأت سورة الحج فلم يسجد ولم تسجد وكذلك أيضا يحتج لهؤلاء بما روى عنه عليه الصلاة والسلام : انه لم يسجد في المنفصل وما روى انه يسجد فيها لان وجه الجمع بين ذلك يقتضى ان لا يكون السجود واجبا وذلك بان يكون كل واحد منهم حدث بما رأى من قال انه سجد ومن قال انه لم يسجد وأما أبو حنيفة فتمسك في ذلك بان الاصل هو حمل الامر على الوجوب أو الاخبار التي تنزل منزلة الامر وقد قال أبو المعالي ان احتجاج أبي حنيفة بالامر الواردة بالسجود في ذلك لا معنى له فان ايجاب السجود مطلقا ليس يقتضى وجوبه مقيدا أو هو عند القراءة أعني قراءة آية السجود قال ولو كان الامر كما زعم أبو حنيفة لكانت الصلاة تجب عند قراءة الآية التي فيها الامر بالصلاة واذا لم يجب ذلك فليس يجب السجود عند قراءة الآية التي فيها الامر بالسجود من الامر بالسجود ولا بى حنيفة ان يقول قد أجمع المسلمون على ان الاخبار الواردة في السجود عند تلاوة القرآن هي بمعنى الامر وذلك في أكثر المواضع واذا كان ذلك فقد ورد الامر بالسجود مقيدا بالآلة أعني عند التلاوة وورد الامر به مطلقا فوجب حمل المطلق على المقيد

وليس الامر في ذلك بالسجود كالأمر بالصلاة فان الصلاة قيد وجوبها بتيود آخر وأيضاً فان النبي عليه الصلاة والسلام قد سجد فيها فبين لنا بذلك معنى الأمر بالسجود الوارد فيها أعني انه عند التلاوة فوجب أن يحمل مقتضى الامر في الوجوب عليه

وأما عدد عزائم سجود القرآن فان ما له كما قال في الموطا الامر عند ان عزائم سجود القرآن احدى عشرة سجدة ليس في المفصل منها شيء وقال أصحابه، أولها خاتمة الاعراف، وثانيها في الرعد عند قوله تعالى بالغدوالاصال، وثالثها في النحل عند قوله تعالى ويفعلون ما يؤمرون، ورابعها في بني اسرائيل عند قوله ويذبحهم خشوعاً وخامسها في مريم عند قوله تعالى خرو واسجدوا وكياوسادسها الاولى من الحج عند قوله تعالى ان الله يفعل ما يشاء، وسابعها في الفرقان عند قوله وزادهم تقورا، وثامنها في النمل عند قوله تعالى رب العرش العظيم، وتساعها في الم تنزيل عند قوله تعالى وهم لا يستكبرون وعاشرها في ص عند قوله تعالى وخر راكعاً وأُتَاب، والحادية عشرة في حم تزل عند قوله تعالى ان كنتم إياه تعبدون وقيل عند قوله وهم لا يستكبرون وقال الشافعي أربع عشرة سجدة ثلاث منها في المفصل في الاشفاق وفي النجم وفي اقرار باسم ربك ولم يرف في ص سجدة لانهم اعدده من باب الشكر وقال أحمد في خمس عشرة سجدة أثبت فيها الثانية من الحج وسجدة ص وقال أبو حنيفة هي اثنتا عشرة سجدة قال الطحاوي هي كل سجدة جاءت بلفظ الخبر . والسبب في اختلافهم اختلافهم في المذاهب التي اعتقدوها في تصحيح عددها وذلك ان منهم من اعتقد عمل أهل المدينة ومنهم من اعتقد القياس ومنهم من اعتقد السماع أما الذين اعتقدوا العمل فمالك وأصحابه وأما الذين اعتقدوا القياس فابو حنيفة وأصحابه وذلك اهم قالوا وجدنا السجرات التي أجمع عليها جاءت بصيغة الخبر وهي . سجدة الاعراف . والنحل . والرعد والاسراء . ومريم . وأول الحج . والفرقان . والنمل والم تنزيل فوجب أن يلحق بها سائر السجرات التي جاءت بصيغة الخبر وهي التي في ص وفي الاشفاق ويستنبط ثلاثة جاءت بلفظ الامر وهي التي في النجم وفي الثانية من الحج وفي اقرار باسم ربك

وأما الذين اعتقدوا السماع فانهم صاروا الى ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من سجود في الانشقاق وفي اقرار باسم ربك وفي النجم خرج ذلك مسلم وقال الاثرم سئل أحمد في الحج من سجدة قال سجدة ثمان وصح حديث عتبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في الحج سجدة ثمان وهو قول عمر وعلي قال القاضي خروجه أبو داود وأما الشافعي فانه

انما صار الى استقاط سجدة ص لما رواه أبوداود عن أبي سعيد الخدري ان النبي عليه الصلاة والسلام قرأ وهو على المنبر آية السجود من سورة ص فزل وسجد فلما كان يوم آخر قرأها فتهبأ الناس للسجود فقال انما هي توبة نبي ولكن رأيتم تشيرون للسجود فزلت فسجدت وفي هذا ضرب من الحجة لابي حنيفة في قوله بوجوب السجود لانه على ترك السجود في هذه السجدة بعلة انتفت في غيرها من السجودات فوجب أن يكون حكم التي انتفت عنها العلة بخلاف التي تبنت لها العلة وهو نوع من الاستدلال وفيه اختلاف لانه من باب تجويز دليل الخطاب وقد احتج بعض من لم ير السجود في المفصل بحديث عكرمة عن ابن عباس خرجه أبوداود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسجد في شيء من المفصل منذ هاجر الى المدينة قال أبو عمر وهو منكرا لان أباهريرة الذي روى سجدته في المفصل لم يصحبه عليه الصلاة والسلام الا بالمدينة وفدروى الثقات عنه انه سجد عليه الصلاة والسلام في والنجم /

وأما وقت السجود فانهم اختلفوا فيه فمنع قوم السجود في الاوقات المنهي عن الصلاة فيها وهو مذهب أبي حنيفة على أصله في منع الصلوات المفروضة في هذه الاوقات ومنع مالك أيضاً ذلك في الموطأ لانها عنده من النفل والنفل ممنوع في هذه الاوقات عنده وروى ابن القاسم عنه انه يسجد فيها بعد العصر ما لم تصغر الشمس أو تتغير وكذلك بعد الصبح وبه قال الشافعي وهذا بناء على انها سنة وان السنن تصلح في هذه الاوقات ما لم تدن الشمس من الغروب أو الطلوع

واما على من يتوجه حكمها فاجمعوا على انه يتوجه على القاري في صلاة كان أو في غير صلاة واختلفوا في السامع هل عليه سجود أم لا فقال أبو حنيفة عليه السجود ولم يفرق بين الرجل والمرأة وقال مالك يسجد السامع بشرطين أحدهما اذا كان قعد ليسمع القرآن والاخر أن يكون القاري يسجد وهو مع هذا ممن يصح أن يكون اماما للسامع وروى ابن القاسم عن مالك انه يسجد السامع وان كان القاري ممن لا يصح الامة اذا جلس اليه

وأما صفة السجود فان جمهور الفقهاء قالوا اذا سجد القاري كبر اذا خفض واذ رفع واختلف قول مالك في ذلك اذا كان في غير صلاة وأما اذا كان في الصلاة فانه يكر قولاً واحداً .

بسم الله الرحمن الرحيم وصلى الله على سيدنا محمد وآله

كِتَابُ أَحْكَامِ الْمَيِّتِ

والكلام في هذا الكتاب وهي حقوق الامرات على الاحياء ينقسم الى ست جمل
الاجزاء الاول في استحباب ان يفعل ما عند الاحضار وبعده الثانية في غسله الثالثة في تكفينه
الرابعة في حمله واتباعه الخامسة في الصلاة عليه السادسة في دفنه .

بَابُ الْأَوَّلِ

وبسته يجب أن يلقن الميت عند انوار شهادته ان لا اله الا الله فلقوا عليه الصلاة والسلام ، لقنوا
موتاهم كما شهادته أن لا اله الا الله وقوله من كان آخر قوله لا اله الا الله دخل الجنة واختلفوا في
استحباب حجاب ترجمته الى القبلة فمرأى ذلك قوم ولم يرد آخرون وروى عن مالك انه قال في
التوجيه ما هو من الامر القديم وروى عن سعيد بن المسيب انه ذكر ذلك ولم يرد ذلك عن
أحمد بن الحنبل ولا من التابعين أعني الامر بالتوجيه فداقضى الميت غمض عينه
و يستحب تعجيل دفنه لو روي الآثار بذلك الا الغريق فانه يستحب في المذهب تأخير دفنه
شأنه أن يكون المء قد غمره فلم يتبين حياته قال القاضي وادقيل هذا في الغريق فهو أولى في
كثير من المرضى مثل الذين يصيبهم الطباق العروق وغير ذلك مما هو معروف عند الاطباء
حتى لقد قال الاصباء ان المسكوتين لا ينبغي أن يدفنوا الا بعد ثلاث .

بَابُ الثَّانِي فِي غَسْلِ الْمَيِّتِ

وبهاتين هما الباب فصول أربعة ، منها في حكم الغسل ، ومما يفهم من غسله من الموتى ومن
يجب أن يغسل وما حكم الغسل ومنها في صفة الغسل .

بَابُ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ

فما حكم الغسل فيه قيل فيه انه فرض على الكفاية وقيل سنة على الكفاية والقرآن كلامهما
في المذهب والسبب في ذلك انه قل بالعمل لا بالتول والعمل ليس له صيغة تفهم الوجوب
أو نهى فنهى وقد استجيب عبد الوهاب لوجوبه بتولاه عليه الصلاة والسلام في ابنته اغسلها ثلاثا

أو حساً وبقوله في المحرم اغسلوه فمن رأى أن هذا القول خرج مخرج تعليم لصفة الغسل
لا يخرج الأمر به لم يقتل بوجوبه ومن رأى أنه يتضمن الأمر والصفة قال بوجوبه .

(الفصل الثاني)

وأما الأموات الذين يجب غسلهم فأنهم اتفقوا من ذلك على غسل الميت المسلم الذي لم يقتل في
معتزك حزب الكفار واختلفوا في غسل الشهيد وفي الصلاة عليه وفي غسل المشرك فاما
الشهيد أعني الذي قتله في المعتزك المشركون فإن الجمهور على ترك غسله لما روى أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم أمر بتلي أحد قدفوا بئسايهم ولم يصل عليهم وكان الحسن وسعيد بن
المسيب يقولان يغسل كل مسلم فإن كل ميت يجب ولعلمهم كانوا يرون أن ما فعل بتلي أحد كان
لموضع الضرورة أعني المشقة في غسلهم وقال بقولهم من فقهاء الامصار عبيد الله بن الحسن
العبدي وسئل أبو عمر فيما حكى ابن المنذر عن غسل الشهيد فقال قد غسل عمر وكفن وحط
وصلى عليه وكان شهيداً رحمه الله واختلف الذين اتفقوا على أن الشهيد في حرب المشركين
لا يغسل في الشهداء من قتل اللصوص أو غير أهل الشرك فقال الاوزاعي وأحمد وجماعة
حكمهم حكم من قتله أهل الشرك وقال مالك والشافعي يغسل * وسبب اختلافهم هو فصل
الموجب لرفع حكم الغسل هي الشهادة مطلقاً أو الشهادة على أيدي الكفار فمن رأى أن سبب
ذلك هي الشهادة مطلقاً قال لا يغسل كل من نص عليه النبي عليه الصلاة والسلام أنه شهيد
ممن قتل ومن رأى أن سبب ذلك هي الشهادة من الكفار قصر ذلك عليهم وأما غسل المسلم
الكافر فكان مالك يقول لا يغسل المسلم والده الكافر ولا يبره إلا أن يخاف ضياعه
فيؤازر به وقال الشافعي لا بأس بغسل المسلم قرابته من المشركين ودفعهم ويد قال أبو ثور وأبو
حنيفة وأصحابه قال أبو بكر بن المنذر ليس في غسل الميت المشرك سنة تتبع وقد روى أن
النبي عليه الصلاة والسلام أمر بغسل عمه لمات * وسبب الخلاف هل الغسل من باب
العبادة أو من باب النظافة فإن كانت عبادة لم يجز غسل الكافر وإن كانت نظافة جاز غسله .

(الفصل الثالث)

وأما من يجوز أن يغسل الميت فأنهم اتفقوا على أن الرجال يغسلون الرجال والنساء يغسلون
النساء واختلفوا في المرأة تحوت مع الرجال أو الرجل يموت مع النساء لم يكونا زوجين على

حلت الا ان يقال ان علة منع الجمع غير معقولة وان منع الجمع بين الاختين عبادة مخضة غير معقولة
 المعنى فيقوى حينئذ مذهب أبي حنيفة وكذلك أجمعوا على ان المطلقة المبتوتة لا تغسل زوجها
 واختلفوا في الرجعية فروى عن مالك انها تغسله وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال ابن القاسم
 لا تغسله وان كان الطلاق رجعيا وهو قياس قول مالك لانه ليس يجوز عنده أن يراها وبه قال
 الشافعي * وسبب اختلافهم هو هل يحل للزوج أن ينظر الى الرجعية أولا ينظر اليها
 وأما حكم الغاسل فانهم اختلفوا فيما يجب عليه فقال قوم من غسل ميتا وجب عليه الغسل
 وقال قوم لا غسل عليه * وسبب اختلافهم معارضة حديث أبي هريرة لحديث أسماء
 وذلك ان أبا هريرة روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال: من غسل ميتة فليغتسل، ومن
 حملة فليغتسل أخرجه أبو داود وأما حديث أسماء فانها لما غسلت أبا بكر رضى الله عنه خرجت
 فسألت من حضرها من المهاجرين والانصار وقالت اني صائمة وان هذا يوم شديد البرد فهل
 على من غسل قالوا لا وحديث أسماء في هذا صحيح وأما حديث أبي هريرة فهو عند أكثر أهل
 العلم فيما حكى أبو عمر غير صحيح لكن حديث أسماء ليس فيه في الحقيقة معارضة له فان
 من أنكر الشيء يحتمل أن يكون ذلك لانه لم تبلغه السنة في ذلك الشيء وسؤال أسماء والله أعلم
 يدل على الخلاف في ذلك في الصدر الاول ولهذا كله قال الشافعي رضى الله عنه على عادته
 في الاحتياط والالتفات الى الاثر لا غسل على من غسل الميت الا أن ثبت حديث
 أبي هريرة .

﴿ الفصل الرابع في صفة الغسل ﴾

وفي هذا الفصل مسائل، احداها هل ينزع عن الميت قميصه اذا غسل أم يغسل في قميصه
 اختلفوا في ذلك فقال مالك اذا غسل الميت تنزع ثيابه وتسترعورت به وبه قال أبو حنيفة وقال
 الشافعي يغسل في قميصه * وسبب اختلافهم تردد غسله عليه الصلاة والسلام في قميصه بين
 أن يكون خاصا به وبين أن يكون سنة فمن رأى انه خاص به وان لا يحرم من النظر الى الميت
 الا ما يحرم منه وهو حي قال يغسل عريانا لا عورته فقط التي يحرم النظر اليها في حال الحياة ومن
 رأى ان ذلك سنة يستند الى باب الاجماع أو الى الامر الالهي لا ندرى في الحديث انهم
 سمعوا صوتا يقول لهم لا تنزعوا القميص وقد أتى عليهم النوم قال الا فضل ان يغسل الميت
 في قميصه .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ قال أبو حنيفة لا يوضأ الميت وقال الشافعي يوضأ وقال مالك ان وضئ

حسن * وسبب الخلاف في ذلك معارضة القياس للآثر وذلك ان القياس يقتضى الا وضوء على الميت لان الوضوء طهارة مفروضة لموضع العبادة واذا أسقطت العبادة عن الميت سقط شرطها الذى هو الوضوء ولولا ان الغسل ورد في الآثار لما وجب غسله وظاهر حديث أم عطية الثابت ان الوضوء شرط في غسل الميت لان فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في غسل ابنته ابدأن يما منها ومواضع الوضوء منها وهذه الزيادة ثابتة خرجها البخارى ومسلم ولذلك ليس يجب أن تعارض بالروايات التى فيها الغسل مطلقا لان المتقيد يقتضى على المطابق اذ فيه زيادة على ما يراه كثير من الناس ويشبهه أيضا أن يكون من أسباب الخلاف في ذلك معارضة المطلق للمقيد وذلك انه ورد آثار كثيرة فيها الامر بالغسل مطلقا من غير ذكر وضوء فيها فؤلا رجحوا الاطلاق على التقيد لمعارضة القياس له في هذا الموضع والشافعى جرى على الاصل من حمل المطابق على المقيد .

المسئلة الثالثة ﴿﴾ اختلفوا في التوقيت في الغسل فمنهم من أوجبوه ومنهم من استحسنته واستحبه والذين أوجبوا التوقيت منهم من أوجب الوتر أى وتر كان وبه قال ابن سيرين ومنهم من أوجب الثلاثة فقط وهو أبو حنيفة ومنهم من حدأقل الوتر في ذلك فقال لا ينقص عن الثلاثة ولم يحد الاكثر وهو الشافعى ومنهم من حد الاكثر في ذلك فقال لا يتجاوز به السبعة وهو أحمد بن حنبل ومن قال باستحباب الوتر ولم يحد فيه حد أمالك بن أنس وأصحابه وسبب الخلاف بين من شرط التوقيت ومن لم يشترط بل استحبه معارضة القياس للآثر وذلك ان ظاهر حديث أم عطية يقتضى التوقيت لان فيه اغسلنها ثلاثا أو خمسا أو أكثر من ذلك ان رأيت وفى بعض رواياته أو سبعا وأما قياس الميت على الحي في الطهارة فيقتضى ان لا توقيت فيها كما ليس في طهارة الحي توقيت فمن رجح الاثر على النظر قال بالتوقيت ومن رأى الجمع بين الآثر والنظر حمل التوقيت على الاستحباب

وأما الذين اختلفوا في التوقيت * فسبب اختلافهم اختلاف ألفاظ الروايات في ذلك عن أم عطية فأما الشافعى فانه رأى أن لا ينقص عن ثلاثة لانه أقل وترنطق به في حديث أم عطية ورأى أن ما فوق ذلك مباح لقوله عليه الصلاة والسلام: أو أكثر من ذلك ان رأيت وأما أحمد فأخذ بأكثر وترنطق به في بعض روايات الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام: أو سبعا

وأما أبو حنيفة فصار في قصره الوتر على الثلاث لما روى أن محمد بن سيرين كان يأخذ الغسل عن أم عطية ثلاثا يغسل بالسدر مرتين والثالثة بالماء والكافور وأيضا فان الوتر

الشرعى عنده انما ينطلق على الثلاث فقط وكان مالك يستحب أن يغسل في الاولى بالماء
التراح وفي الثانية بالسدر والماء وفي الثالثة بالماء والكافور واختلفوا اذا خرج من بطنه
حدث هل يعاد غسله أم لا فقيل لا يعاد وبه قال مالك وقيل يعاد والذين رأوا أنه يعاد اختلفوا
في العدد الذي يجب به الاعادة ان تكرر خروج الحدث فقيل يعاد الغسل عليه واحدة وبه قال
الشافعى وقيل يعاد ثلاثا وقيل يعاد سبعا وأجمعوا على أنه لا يزداد على السبع شئ
واختلفوا في تقليم أظفار الميت والاخذ من شعره قتال قوم تقلم أظفاره يؤخذ منه وقال قوم
لا تقلم أظفاره ولا يؤخذ من شعره وليس فيه أثر وأما سبب الخلاف في ذلك الخلاف
الواقع في ذلك في الصدر الاول ويشبه أن يكون سبب الخلاف في ذلك قياس الميت على
الحى فمن قاسه أوجب تقليم الاظفار وحلق العانة لانها من سنة الحى بانفاق وكذلك
اختلفوا في عصر بطنه قبل أن يغسل فمنهم من رأى ذلك ومنهم من لم يره فمن رآه رأى
أن فيه صرا من الاستتاء من الحدث عند ابتداء الطهارة وهو مطلوب من الميت كما هو
من الحى ومن لم يرد ذلك رأى أنه من باب تكليف ما لم يشرع وان الحى في ذلك بخلاف
الميت .

الباب الثالث في الا كفان

والاصل في هذا الباب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كفن في ثلاثة أثواب بيض
سهوولة ليس فيها قميص ولا عمامة وخرج أبو داود عن ليلي بنت قائف الثقفية قالت كنت
: فبين غسل أم كلثوم بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان أول من أعطاني رسول الله صلى
الله عليه وسلم الحفوف ثم الدرع ثم الخمار ثم المخففة ثم أدرجت بعد في الثوب الآخر قالت ورسول
الله صلى الله عليه وسلم جالس عند الباب معه أكتفانها بناولناها ثوبا فافن العلماء من أخذ
بظاهر هذين الاثرين فقال يكفن الرجل في ثلاثة أثواب والمرأة في خمسة أثواب وبه قال
الشافعى وأحمد وجماعة وقال أبو حنيفة أقل ما تكفن فيه المرأة ثلاثة أثواب والسنة خمسة
أثواب وأقل ما يكفن فيه الرجل ثوبان السنة فيه ثلاثة أثواب ورأى مالك أنه لا حد في ذلك
وأنه يجوز ثوب واحد فيهما إلا أنه يستحب الوتر * وسبب اختلافهم في التوقيت
اختلافهم في مفهوم هذين الاثرين فمن فهم منهما الا باحة لم يقل بتوقيت الا أنه استحب الوتر
لا تفاهم في الوتر ولم يفرق في ذلك بين المرأة والرجل وكانه فهم منهما الا باحة الا في التوقيت
فانه فهم منه شرعا لمناسبة للشرع ومن فهم من العدد أنه شرع لا باحة قال بالتوقيت إما على

جهة الوجوب وإما على جهة الاستحباب وكله واسع ان شاء الله وليس فيه شرع محدود ولعله تكلف شرع فيما ليس فيه شرع وقد كفن مصعب بن عمير يوم أحد بمكة فكانوا اذا غطوا بهارأسه خرّ جث رجلاه واذ غطوا بهارجليه خرّ رأسه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم غطوا بهارأسه واجعلوا على رجليه من الازخر واتفقوا على أن الميت يغطى رأسه ويطيب الا المحرم اذامات في احرامه فاتهم اختلفوا فيه فقال مالك وأبو حنيفة المحرم بمنزلة غير المحرم وقال الشافعي لا يغطى رأس المحرم اذامات ولا يمس طيباً * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص

فأما الخصوص فهو حديث ابن عباس قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل وقصته راحلته فمات وهو محرم فقال كفنوه في ثوبين واغسلوه بماء وسدر ولا تخمروا رأسه ولا تقرّبوه طيباً فإنه يبعث يوم القيامة يلي.

وأما العموم فهو ما ورد من الامر بالغسل مطلقاً فنخص من الاموات المحرم بهذا الحديث كتخصيص الشهداء تقتل أحد جعل الحكم منه عليه الصلاة والسلام على الواحد حكماً على الجميع وقال لا يغطى رأس المحرم ولا يمس طيباً ومن ذهب مذهب الجمع لا مذهب الاستثناء والتخصيص قال حديث الاعرابي خاص به لا يعدى الى غيره .

*(الباب الرابع في صفة المشي مع الجنازة) *

واختلفوا في سنة المشي مع الجنازة فذهب أهل المدينة الى أن من سنتها المشي أمامها وقال الكوفيون أبو حنيفة وأصحابه وسائرهم أن المتى خلفها أفضل * وسبب اختلافهم اختلاف لا ثار التي روى كل واحد من الفريقين عن سلفه وعمل به فروى مالك عن النبي عليه الصلاة والسلام مرسل المشي أمام الجنازة وعن أبي بكر وعمر وبه قال الشافعي وأخذ أهل الكوفة بمار وواعن علي بن أبي طالب من طريق عبد الرحمن بن أبذي قال كنت أمشي مع علي في جنازة وهو أخذ بيدي وهو يمشي خلفها وأبو بكر وعمر يمشيان أمامها فقلت له في ذلك فقال ان فضل الماشي خلفها على الماشي أمامها كفضل صلاة المكتوبة على صلاة النافلة وأنهما ليعلمان ذلك ولكنهما سهلان يسهلان على الناس وروى عنه رضي الله عنه أنه قال قدما بين يديك واجعلها انصب عينيك فانما هي موعظة وتذكرة وعبرة وباروى أيضاً عن ابن مسعود أنه كان يقول سألتنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السير مع الجنازة فقال الجنازة متبوعة وليست بتابعة وليس معها من يقدمها وحديث المغيرة بن شعبه عن النبي

صلى الله عليه وسلم : قال الراكب يمشي أمام الجنازة والماشي خلفها وأمامها وعن يمينها ويسارها قريباً منها وحديث أبي هريرة أيضاً في هذا المعنى قال امشوا خلف الجنازة وهذه الأحاديث صارت إليها الكوفيون وهي أحاديث يصححونها ويضعفها غيرهم وأكثر العلماء على أن القيام إلى الجنازة منسوخ بما روى مالك من حديث علي بن أبي طالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقوم في الجنائز ثم جلس وذهب قوم إلى وجوب القيام ومسكوا في ذلك بما روى من أمره صلى الله عليه وسلم بالقيام لها كحديث عامر بن ربيعة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا رأيتم الجنائز فقوموا إليها حتى تختلفكم أو توضع واختلف الذين رأوا أن القيام منسوخ في القيام على القبر في وقت الدفن فبعضهم رأى أنه لم يدخل تحت النهي وبعضهم رأى أنه داخل تحت النهي على ظاهر اللفظ ومن أخرجه من ذلك احتج بفعل علي في ذلك وذلك أنه روى النسخ وقام على قبر ابن المسكن فقتل به ألا تجلس يا أمير المؤمنين فقال قليل لا خينا قيا ما على قبره .

بَابُ الْخَامِسُ فِي صَلَاةِ الْجَنَازَةِ

وهذه الجملة تتعلق بها بعد معرفة وجوبها فصول ، أحدها في صفة صلاة الجنازة . والثاني على من يصلي ومن أولى الصلاة ، والثالث في وقت هذه الصلاة ، والرابع في موضع هذه الصلاة ، والخامس في شروط هذه الصلاة .

الفصل الأول

فأما صفة الصلاة فاهم ما يتعلق بها مسائل

المسئلة الأولى : تختلف في عدد التكبير في الصدر الأول اختلافاً كثيراً من ثلاث إلى سبع أعني الصحابة رضي الله عنهم ولكن فقهاء الامصار على أن التكبير في الجنازة أربع إلا أن أبي ليلى وجابر بن زيد قاهما كانا يقولان أنها خمس . وسبب الاختلاف اختلاف الآثار في ذلك وذلك أنه روى من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعى النجاشي في اليوم الذي مات فيه وخرج بهم إلى المصلى فصنف بهم وكثر أربع تكبيرات وهو حديث متفق على صحته ولذلك أخذ به جمهور فقهاء الامصار وجاء في هذا المعنى أيضاً من أنه عليه الصلاة والسلام : صلى على قبر مسكينة فذكر عليها أربعاً وروى مسلم أيضاً عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال كان زيد بن أرقم يكبر على الجنائز أربعاً

وأنه كبر على جنازة خمساً فسألتناه فقال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبرها وروى
عن أبي خيثمة عن أبيه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يكبر على الجنائز أربعاً وخمسة وستة
وسبعاً وثمانياً حتى مات النجاشي فصنف الناس وراءه وكبر أربعاً ثم ثبت صلى الله عليه وسلم
على أربع حتى توفاه الله وهذا فيه حجة لا تحجة للجمهور وأجمع العلماء على رفع اليدين في أول
التكبير على الجنازة واختلفوا في سائر التكبير فقال قوم برفع وقول قوم لا يرفع وروى الترمذي
عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر في جنازة فرفع يديه في أول التكبير ووضع
يده اليمنى على اليسرى فن ذهب إلى ظاهر هذا الأثر وكان مذهبه في الصلاة أنه لا يرفع إلا في
أول التكبير قال الرفع في أول التكبير ومن قال يرفع في كل تكبير شبه التكبير الثاني بالأول لأنه
كله يفعل في حال القيام والاستواء .

المسئلة الثانية (١٨) اختلف الناس في القراءة في صلاة الجنازة فقال مالك وأبو حنيفة
ليس فيها قراءة إنما هو الدعاء وقال مالك قراءة فاتحة الكتاب فيها ليس بمعمول به في بلدنا
بحال قال وإنما محمد الله ويثنى عليه بعد التكبير الأولى ثم يكبر الثانية فيصلي على النبي صلى
الله عليه وسلم ثم يكبر الثالثة فيشفع للميت ثم يكبر الرابعة ويسلم وقال الشافعي يقرأ بعد التكبير
الأولى فاتحة الكتاب ثم يفعل في سائر التكبيرات مثل ذلك وبه قال أحمد ودود * وبسبب
اختلافهم معارضة العمل للأثر وهل يتناول أيضاً اسم الصلاة صلاة الجنائز أم لا أما العمل
فهو الذي حكاه مالك عن والده وأما الأثر فارواه البخاري عن طلحة بن عبد الله بن عوف قال
صليت خلف ابن عباس على جنازة فقرأ فاتحة الكتاب فقال لتعلموا أنها السنة فمن ذهب إلى
ترجيح هذا الأثر على العمل وكان اسم الصلاة يتناول عنده صلاة الجنازة وقد قال صلى الله
عليه وسلم : لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب رأى قراءة فاتحة الكتاب فيها ويمكن أن يحتاج
لمذهب مالك بظواهر الآثار التي نقل فيها دعاؤه عليه الصلاة والسلام على الجنائز ولم ينقل
فيها أنه قرأ أو على هذا فتكون تلك الآثار كأنها معارضة لحديث ابن عباس ومخصصة لقوله
لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب وذكر الطحاوي عن ابن شهاب عن أبي امامة بن سهل بن
حنيفة قال وكان من كراء الصحابة وعلمائهم وابناء النعنين شهدوا بدماء أن رجلاً من أصحاب
النبي عليه الصلاة والسلام أخبره أن السنة في الصلاة على الجنائز أن يكبر الإمام ثم يقرأ فاتحة
الكتاب سراً في نفسه ثم يخلص الدعاء في التكبيرات الثلاث قال ابن شهاب فذكرت الذي
أخبر به أبو امامة من ذلك لمحمد بن سويد القهري فقال وأنا سمعت الضحاك بن قيس يحدث

عن حبيب بن مسلمة في الصلاة على الجنائز يمثل ما حدثك به أبو امامة .

المسئلة الثالثة : واختلّفوا في التسليم من الجنائز هل هو واحد أو اثنان فالجمهور على انه واحد وقالت طائفة : وأبو حنيفة يسلم تسليمتين واختاره المزني من أصحاب الشافعي وهو أحد قولي الشافعي : وسبب اختلاف فهم اختلافهم في التسليم من الصلاة وقياس صلاة الجنائز على الصلاة المقروضة فمن كانت عنده التسليمية واحدة في الصلاة المكتوبة وقاس صلاة الجنائز عليها قال بواحدة ومن كانت عنده تسليمتين في الصلاة المقروضة قال هنا بتسليمتين ان كانت عنده تلك سنة فذه سنة وان كانت فرضا فذه فرض وكذلك اختلف المذهب هل يجبر فيها أولا يجبر بالسلام .

المسئلة الرابعة : واختلّفوا أين يقوم الامام من الجنائز فقال جملة من العلماء يقوم في وسطها ذكرأ كان أو أنثى وقال قوم آخرون يقوم من الاني وسطها ومن الذكركر عند رأسه ومنهم من قال يقوم من الذكركر والاني عند صدرهما وهو قول ابن القاسم وقول أبي حنيفة وليس عند مالك والشافعي في ذلك حد وقال قوم يقوم منهما أين شاء : والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه خرج البخاري ومسلم من حديث سمرة بن جندب قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم على أم كعب ماتت وهي تشاء فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم للصلاة على وسطها وخرج ابو داود من حديث همام بن غالب قال صليت مع أنس بن مالك على جنازة رجل فقام حيال رأسه ثم جاءوا بجنازة امرأة فتألوا يا أبا حمزة صل عليها فقام حيال وسط السرير فقال العلاء بن زياد هكذا رأت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على الجنائز كبرأر بعوا قام على جنازة المرأة متماكم منها ومن الرجل متماكم منه قل نعم فاختلّف الناس في المتيقن من هذه الأفعال فمنهم من رأى أن قيامه عليه الصلاة والسلام في هذه المواضع المختلفة يدل على الإباحة وعلى عدم التحديد ومنهم من رأى أن قيامه على أحد هذه الأوضاع انه شرع وأنه يدل على التحديد وهؤلاء اثنان قسمين فمنهم من أخذ بحديث سمرة بن جندب الا اتفاق على صحته فقال المرأة في ذلك والرجل سواء لان الأصل أن حكمهما واحد الا أن ثبت في ذلك فارق شرعي ومنهم من صحح حديث ابن غالب وقال فيه زيادة على حديث سمرة بن جندب فيجب المصير اليها وليس بينهما تعارض أصلا وأما مذهب ابن القاسم وأبي حنيفة فلا أعلم له من جهة المصير في ذلك مسندا الا ما روى عن ابن مسعود من ذلك

المسئلة الخامسة : واختلّفوا في ترتيب جنائز الرجال والنساء اذا اجتمعوا عند الصلاة

فقال الاكثر يجعل الرجال مما يلي الامام والنساء مما يلي القبلة وقال قوم بخلاف هذا رأى
النساء مما يلي الامام والرجال مما يلي القبلة وفيه قول ثالث انه يصلى على كل على حدة الرجال
مفردون والنساء مفردات وسبب الخلاف ما يغلب على الظن باعتبار أحوال الشرع من انه
يجب أن يكون في ذلك شرع محدود مع انه لم يرد في ذلك شرع يجب الوقوف عنده ولذلك رأى
كثير من الناس انه ليس في أمثال هذه المواضع شرع أصلاً وأنه لو كان فيها شرع لبين للناس
وإنما ذهب الاكثر لما قلنا من تقديم الرجال على النساء لما رواه مالك في الموطأ من أن عثمان
ابن عفان وعبد الله بن عمر وأبا هريرة كانوا يصلون على الخائن بالمدينة الرجال والنساء معاً
فيجعلون الرجال مما يلي الامام ويجعلون النساء مما يلي القبلة وذكر عبد الرزاق عن ابن جريج
عن نافع عن ابن عمر انه صلى كذلك على جنازة فيها ابن عباس وأبو هريرة وأبو سعيد الخدري
وأبو قتادة والامام يومئذ سعيد بن العاصي فسألهم عن ذلك او امر من سألهم فقالوا هي السنة
وهذا يدخل في المسند عندهم ويشبهه أن يكون من قال بتقديم الرجال شهرهم امام الامام بحالهم
خلف الامام في الصلاة وقلوله عليه الصلاة والسلام أخرجهن حيث أخرهن الله وأما من
قال بتقديم النساء على الرجال فيشبهه أن يكون اعتقد أن الاول هو المقدم ولم يجعل التقديم
بالقرب من الامام

وأما من فرق فاحتياط من أن لا يحوز ممنوعاً لانه لم ترد سنة بجواز الجمع فيحتفل أن
يكون على أصل الإباحة ويحتفل أن يكون ممنوعاً بالشرع واذا وجد الاحتمال وجب التوقف
اذا وجد اليه سبيل

المسألة السادسة واختلافوا في الذي يهونه بعض التكبير على الجنازة في مواضع
منها هل يدخل بتكبير أم لا ومنها هل يقضى ما فاته أم لا وان قضى فهل يدعو بين التكبير أم لا
فروى اشهب عن مالك انه يكرأول دخوله وهو أحد قول الشافعي وقال أبو حنيفة ينتظر حتى
يكبر الامام وحينئذ يكبر وهي رواية ابن القاسم عن مالك والقياس التكبير قياساً على من دخل
في المفروضة واتفق مالك وأبو حنيفة والشافعي على أنه يقضى ما فاته من التكبير إلا أن أبا حنيفة
يرى أن يدعو بين التكبير المقضى ومالك والشافعي يريان أن يهضيه نفساً وإنما اتفقوا على
القضاء لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فأتموا فمن رأى أن هذا
العموم يتناول التكبير والدعاء قال يقضى التكبير وما فاته من الدعاء ومن اخرج الدعاء من ذلك
اذ كان غير مؤقت قال يقضى التكبير فقط اذ كان هو المؤقت فكان تخصيص الدعاء من ذلك

العموم هو من باب تخصيص العام بالقياس فأبو حنيفة أخذ بالعموم وهؤلاء بأخصصوص .
 ﴿المسئلة السابعة﴾ واختلفوا في الصلاة على القبر إن فاتته الصلاة على الجنائزة فقال مالك لا يصلى على القبر وقال أبو حنيفة لا يصلى على القبر إلا الولي فقط إذا فاتته الصلاة على الجنائزة وكان الذى صلى عليه غير وليها وقال الشافعى وأحمد وداود وجماعة يصلى على القبر من فاتته الصلاة على الجنائزة وانفق القائلون بإجازة الصلاة على القبر أن من شرط ذلك حدوث الدفن وهؤلاء اختلفوا في هذه المدة وأكثرها شهر * وسبب اختلافهم معارضة العمل للأثر أما مخالفة العمل فإن ابن القاسم قال قلت لمالك فالحديث الذى جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه صلى على قبر امرأة قال قد جاء هذا الحديث وليس عليه العمل والصلاة على القبر ثابتة باتفاق من أصحاب الحديث قال أحمد بن حنبل روى الصلاة على القبر عن النبي عليه الصلاة والسلام من طرق ستة كلها أحسان وزاد بعض الحديثين ثلاثة طرق فذلك تسع وأما البخارى ومسلم فروى ذلك من طريق أبي هريرة وأما مالك فخرجه مراسلا عن أبي امامة ابن سهل وقدرى ابن وهب عن مالك مثل قول الشافعى وأما أبو حنيفة فإنه جرحنى فى ذلك على عادته فيما أحسب أعنى من رد أخبار الرجال التى تعميها البلوى إذا لم تنتشر ولا انتشر العمل بها وذلك أن عدم الانتشار إذا كان خيرا شأنه ألا تنتشر قرينة توهم الخبر وتخرجه عن غلبة الظن بصدقه الى الشك فيه أو الى غلبة الظن بكذبه أو نسخه قال القاضى وقد تكلمنا فيما سلف من كتابنا هذا فى وجه الاستدلال بالعمل وفى هذا النوع من الاستدلال الذى يسميه الحنفية عموم البلوى وقلنا انهم من جنس واحد .

﴿الفصل الثانى فىمن يصلى عليه ومن أولى بالتقديم﴾

وأجمع أكثر أهل العلم على إجازة الصلاة على كل من قال لا إله إلا الله وفى ذلك أثره قال عليه الصلاة والسلام صلو على من قال لا إله إلا الله وسواء كان من أهل الكبراء أو من أهل البدع إلا أن ما سلكه لا هل الفضل الصلاة على أهل البدع ولم ير أن يصلى الإمام على من قتله حدا * واختلفوا فىمن قتل نفسه فرأى قوم أنه لا يصلى عليه وأجاز آخرون الصلاة عليه ومن العلماء من لم يحجز الصلاة على أهل الكبراء ولا على أهل البغى والبدع * والسبب فى اختلافهم فى الصلاة ما فى أهل البدع فلاختلافهم فى تكفيرهم ببدعهم فمن كفرهم بالتأويل البعيد لم يحجز الصلاة عليهم ومن لم يكفرهم إذا كان الكفر عنده انما هو تكذيب الرسول

لا تأويل أقواله عليه الصلاة والسلام قال الصلاة عليهم جائزة وإنما أجمع المسلمون على ترك الصلاة على المنافقين مع تلفظهم بالشهادة لقوله تعالى (ولا تصل على أحد منهم مات أبدا ولا تتم على قبره) الآية وما اختلفوا في أهل الكبراء فليس يمكن أن يكون له سبب إلا من جهة اختلافهم في القول بالتكفير بالذنوب لكن ليس هذا مذهب أهل السنة فلذلك ليس ينبغي أن يمنع الفقهاء الصلاة على أهل الكبراء

وأما كراهية مالك الصلاة على أهل البدع فذلك لمكان الزجر والعقوبة لهم وإنما لم ير مالك صلاة الإمام على من قتله حداً لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه خرجه أبو داود وإنما اختلفوا في الصلاة على من قتل نفسه لحديث جابر بن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أبي أن يصلي على رجل قتل نفسه فمن صحح هذا الأمر قال لا يصلي على قاتل نفسه ومن لم يصححه رأى أن حكمه حكم المسلمين وإن كان من أهل النار كما ورد به الأمر لكن ليس هو من المخددين لكونه من أهل الإيمان وقد قال عليه الصلاة والسلام حكاية عن ربه : أخرجو من النار من في قلبه مثقال حبة من الإيمان واختلفوا أيضاً في الصلاة على الشهداء المقتولين في المعركة فقال مالك والشافعي لا يصلي على الشهيد المقتول في المعركة ولا يغسل وقال أبو حنيفة يصلي عليه ولا يغسل بسبب اختلافهم اختلاف الأئمة الواردين في ذلك وذلك أنه خرجه أبو داود من طريق جابر أنه صلى الله عليه وسلم أمر بشهداء أحد فدفعوا بيابهم ولم يصل عليهم ولم يغسلوا وروى طريق ابن عباس مسنداً أنه عليه الصلاة والسلام : صلى على قتلى أحد وعلى حمزة ولم يغسل ولم يمسح وروى أيضاً ذلك من مسند ابن عباس حديث أبي مالك الغفاري وكذلك روى أيضاً أن أعرابياً جاءه منهم فوقع في حلقة مات فصلى النبي صلى الله عليه وسلم عليه وقال إن هذا عبدك خرج مجاهد في سبيلك فتبيل شهيداً وأنا شهيد عليه وكلا الفريقين يرجح الأحاديث التي أخذ بها وكانت الشافعية تعتدل بحديث ابن عباس هذا وتقول رويها بن أبي الزناد وكان قد اختلف آخر عمره وقد كان شعبة يطعن فيه .

وأما المراسيل فليست عندهم بحجة واختلقوا حتى يصلي على الطفل فقال مالك لا يصلي على الطفل حتى يستهل صارحوا به قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصلي عليه إذا نفخ فيه الروح وذلك أنه إذا كان له في بطن أمه أربعة أشهر فأكثر وبه قال ابن أبي ليلى وسبب اختلافهم في ذلك معارضة المطلق للمقيّد وذلك أنه روى الترمذي عن جابر بن

عبد الله عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال: الطفل لا يصلي عليه ولا يرث ولا يورث حتى يستهل صارخا وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام من حديث المغيرة بن شعبه انه قال: التفتل يصلي عليه فمن ذهب مذهب حديث جابر قال ذلك عام وهذا منسر فالواجب أن يحمل ذلك العزم على هذا التفسير فيكون معنى حديث المغيرة أن الطفل يصلي عليه اذا استهل صارخا ومن ذهب مذهب حديث المغيرة قال معلوم أن المعتبر في الصلاة هو حكم الاسلام والحياة والطفل اذا تحرك فهو حي وحكمه حكم المسلمين وكل مسلم حتى اذا مات صلى عليه فرجعوا هذا العزم على ذلك الخصوص لموضع موافقة القياس له ومن الناس من شذو وقال لا يصلي على الاطفال أصلا وروى أبو داود أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يصلي على ابنه ابراهيم وهو ابن ثمانية أشهر وروى فيه انه صلى عليه وهو ابن سبعين ليلة واختلعا وفي الصلاة على الاطفال المنسبين فذهب مالك في رواية البصريين عنه أن الطفل من أولاد الخريجين لا يصلي عليه حتى يعقل الاسلام سواء سبي مع أبويه أو لم يسب معهما وأن حكمه حكم أبويه إلا أن يسلم الأب فهو تابع له دون الام ووافقه الشافعي على هذا إلا انه ان أسلم أحد أبويه فهو عنده تابع لمن أسلم مهما لالا ب وحده على ما ذهب اليه مالك وقال أبو حنيفة يصلي على الاطفال المنسبين وحكمهم حكم من سبهم وقال الاوزاعي اذا ملكهم المسلمون صلى عليهم يعني ادابيعوا في السبي قال وبهذا جرى العمل في الثغر وبه التتاييفه وأجمعوا على انه اذا كانوا مع آبائهم ولم يملكهم مسلم ولا أسلم أحد أبويهم ان حكمهم حكم آبائهم والسبب في اختلافهم اختلافهم في أطفال المشركين دلهم من أهل الجنة أو من أهل النار وذلك انه جاء في بعض الآثار انهم من آبائهم أي ان حكمهم حكم آبائهم ودليل قوله عليه الصلاة والسلام كل مولود يولد على الفطرة ان حكمهم حكم المؤمنين

وأما من أولى بالتقديم للصلاة على الجنائز فقول الولي وقيل الوالي فن قال الوالي شبهه بصلاة الجمعة من حيث هي صلاة جماعة ومن قال الولي شبهها بسائر الحقوق التي الولي بها الحق مثل مواراته ودفنه وأكثر اهل العلم على أن الوالي بها أحق قال أبو بكر بن المنذر وقدم الحسين بن علي سعيد بن العاصي وهو والي المدينة ليصلي على الحسن بن علي وقال لولا انها سنة ما تقدمت قال أبو بكر وبه أقول وأكثر العلماء على انه لا يصلي الا على الحاضر وقال بعضهم يصلي على الغائب حديث النجاشي والجمهور على أن ذلك خاص بالنجاشي وحده واختلوا هل يصلي على بعض الجسد والجمهور على انه يصلي على أكثره لتناول اسم الميت له

ومن قال انه يصلى على أقرله قال لان حرمة البعض كحرمة الكل لا سيما ان كان ذلك البعض محل الحياة وكان ممن يحجز الصلاة على الغائب

﴿ الفصل الثالث في وقت الصلاة على الجنازة ﴾

واختلفوا في الوقت الذي تجوز فيه الصلاة على الجنازة فقال قوم لا يصلى عليها في الاوقات الثلاثة التي ورد النهى عن الصلاة فيها وهي وقت الغروب والطلوع وزوال الشمس على ظاهر حديث عتبة بن عامر ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم: ينهانا أن نصلى فيها وأن نقيم موتانا الحديث وقال قوم لا يصلى في الغروب والطلوع فقط ويصلى بعد العصر ما لم تصفر الشمس وبعد الصبح ما لم يكن الاسفار وقال قوم لا يصلى على الجنازة في الاوقات الخمسة التي ورد النهى عن الصلاة فيها وبه قل عطاء والنخعي وغيرهم وهو قياس قول أبي حنيفة وقال الشافعي يصلى على الجنازة في كل وقت لان النهى عندها ما هو خارج على النوازل لا على السنن على ما تقدم

﴿ الفصل الرابع في مواضع الصلاة ﴾

واختلفوا في الصلاة على الجنازة في المسجد فاجازها أكثر العلماء وكرهه بعضهم منهم أبو حنيفة وبعض أصحاب مالك وقد روى كراهية ذلك عن مالك وتخفيفه اذا كانت الجنازة خارج المسجد والناس في المسجد * وسبب الخلاف في ذلك حديث عائشة وحديث أبي هريرة أما حديث عائشة فمارواه مالك من أمها أمرت أن يمر عليها بسعد بن أبي وقاص في المسجد حين مات لتسد عوله فذكر الناس عليه ادلك فتالت عائشة ما أسرع ما سى الناس ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على سهل بن بيضاء الا في المسجد وأما حديث أبي هريرة فهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من صلى على جنازة في المسجد فلا شئ له وحديث عائشة ثابت وحديث أبي هريرة غير ثابت أو غير متفق على ثبوته لكن انكار الصحابة على عائشة يدل على اشتهار العمل بخلاف ذلك عندهم ويشهد لذلك برزوه صلى الله عليه وسلم للمصلى الصلاة على النجاشي وقد زعم بعضهم أن سبب المنع في ذلك هو أن ميت بني آدم ميتة وفيه ضعف لان حكم الميتة شرعى ولا يثبت لابن آدم حكم الميتة الا بدليل وكره بعضهم الصلاة على الجنائز في المقابر للنهى الوارد عن الصلاة فيها وأجازها الاكثر لعدم قوله عليه الصلاة والسلام جعلت لى الارض مسجداً أو طهوراً .

في الفصل الخامس في شروط الصلاة على الجنازة

واتفق الاكثر على أن من شرطها تطهارة كما اتفق جميعهم على أن من شرطها النية واختصاصها
بجواز التيمم فلو إذا خيف قرائتها فقل قريمتيمم ويصلي كما إذا خيف القنوت وبه قال أبو
حنيفة وسفيان والأوزاعي وجماعة وقال مالك والشافعي وأحمد لا يصلي عليها بتيمم، وسبب
اختلافهم قد سها في ذلك على الصلاة المفروضة فمن شبهها بأجزاء التيمم أعني من شبهه ذهاب
الوقت نحو أن الصلاة على الجنازة ومن شبهها بما لا يجوز التيمم لأنها عند من فروض الكفاية
أو من سنن الكفاية على اختلافهم في ذلك وقد قدموا على الجواز أن يصلي على الجنازة بغير
طهارة وهو قول الشعبي وهو لا يفتوا أن اسم الصلاة لا يتناول صلاة الجنازة وإنما يتناولها
اسم الدعاء إذ كان ليس فيها ركوع ولا سجود .

في الباب السادس في الدفن

وأجمعوا على وجوب الدفن والأصل فيه قوله تعالى (ألم يجعل الأرض كفًا لأحياء وأمواتا)
وقوله (فبعث الله نوحًا إبراهيم في الأرض) وكذلك مالك والشافعي تخصيص القبور وأجاز ذلك
أبو حنيفة وكذلك كرد قوم التعمود عليها وقدم أجازوا ذلك وتناولوا انتهى عن ذلك أنه ان يعود
عليها الحاجة إلى الإنسان والأثار الواردة في النهي عن ذلك منها حديث جابر بن عبد الله قال نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تخصيص القبور والكتابة عليها والجلوس عليها والبناء
عليها ومنها حديث عمرو بن حزم قال رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم على قبر فقال أنزل
عن القبر لا تؤذي صاحب القبر ولا يؤذيك واحتج من أجاز التعمود على القبر بما روى عن
زيد بن ثابت أنه قال إنما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلوس على القبور لم يحدث
ذئط أو بول قالوا ويؤذي ذلك ما روى عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم: من جلس على قبر يبول إليه أو يتغوط فكتما جلس على جمر نار وإلى هذا ذهب
مالك وأبو حنيفة والشافعي

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليماً

﴿كتاب الصيام﴾

وهذا الكتاب ينقسم أولاً قسمين، أحدهما في الصوم الواجب، والاخر في المندوب اليه والنظر في الصوم الواجب ينقسم الى قسمين، أحدهما في الصوم والاخر في الفطر، أما القسم الاول وهو الصيام فإنه ينقسم أولاً الى جملةين، إحداهما معرفة أنواع الصيام الواجب، والاخر معرفة أركانه

وأما القسم الذي يتضمن النظر في الفطر فإنه ينقسم الى معرفة المنطرات والى معرفة المفطرين وأحكامهم فلنبدأ بالقسم الاول من هذا الكتاب وبالجملة الاولى منه وهى معرفة أنواع الصيام

فتقول ان الصوم الشرعى منه واجب ومنه مندوب اليه والواجب ثلاثة أقسام، منه ما يجب للزمان نفسه وهو صوم شهر رمضان بعينه، ومنه ما يجب لعلة وهو صيام الكفارات ومنه ما يجب بايجاب الانسان ذلك على نفسه وهو صيام النذر والذي يتضمن هذا الكتاب القول فيه من أنواع هذه الواجبات هو صوم شهر رمضان فقط وأما صوم الكفارات فيذكر عند ذكر المواضع التى تجب منها الكفارة وكذلك صوم النذر يذكر فى كتاب النذر فأما صوم شهر رمضان فهو واجب بالكتاب والسنة والاجماع

فأما الكتاب فقوله تعالى «كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم اعمم تتقون» وأما السنة فى قوله عليه الصلاة والسلام : بنى الاسلام على خمس وذكر فيها الصوم وقوله للاعرابي : وصيام شهر رمضان قال هل على غير هذا قال لا الا أن تطوع وأما الاجماع فإنه لم ينقل اليه خلاف عن أحد من الأئمة فى ذلك

وأما على من يجب وجوباً غير مخير فهو البالغ العاقل الحاضر الصحيح اذا لم تكن فيه الصفة المانعة من الصوم وهى الحيض للنساء هذا لا خلاف فيه لقوله «فمن شهد منكم الشهر فليصمه» .

﴿الجملة الثانية فى الاركان﴾ والاركان ثلاثة اثنان متفق عليهما وهو الزمان والإمساك عن المفطرات، والثالث مختلف فيه وهو النية فأما الركن الاول الذى هو الزمان فإنه ينقسم الى

قديمين، أحدهما زمن الوجوب وهو شهر رمضان، والآخر زمان الامساك عن المنطرات وهو أيام هذا الشهر دون الليالي ويتعلق بكل واحد من هذين الزمانين مسائل قواعد اختلفوا فيها فليبدأ بتعاقب من ذلك زمان الوجوب وأول ذلك في تحديد طرفي هذا الزمان وثانياً في معرفة الطريق التي بها يتوصل الى معرفة العملة ما أخذ ودلة في حق شخص شخص وأفق أفق

فما طرف هذا الزمان فإن العلماء أجمعوا على أن الشهر العربي يكون تسعاً وعشرين ويكون ثلاثين وعلى أن الاعتبار في تحديد شهر رمضان إما هو الرؤية لقوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤية وأفطروا لرؤية وعنى بالرؤية أول ظهور القمر بعد السواد واختلفوا في الحكم إذا غم الشهر وباتمكن الرؤية وفي وقت الرؤية باعتبار ما اختلفا فيه إذا غم الحلال فإن الجمهور يرون أن الحكم في ذلك أن تكمل العدة ثلاثين فن كان الذي غم هلال أول الشهر عد الشهر الذي قبله ثلاثين يوماً وكان أول رمضان الحادي والثلاثين وإن كان الذي غم هلال آخر الشهر صام الناس ثلاثين يوماً وذهب ابن عمر إلى أنه إن كان انغمى عليه هلال أول الشهر صم اليوم الثاني وهو الذي يعرف بيوم الشك وروى عن بعض السلف أنه إذا انغمى الهلال رجع إلى الحساب بمسير القمر والشمس وهو مذهب مطرف بن الشخير وهو من كبار التابعين وحكى ابن شريح عن الشافعي أنه قال من كان مذهبه الاستدلال بالنجوم ومنه زال القمر ثم تبين له من جهة الاستدلال أن الهلال مرئى وقد غم فإن له أن يعتد الصوم ويحزيه وسبب اختلافهم الأجمال الذي في قوله صلى الله عليه وسلم: صوموا لرؤية وأفطروا لرؤية فإن غم عليكم فقدروا فذهب الجمهور إلى أن تأويله أكملوا العدة ثلاثين ومنهم من رأى أن معنى التقدير له عده بالحساب ومنهم من رأى أن معنى ذلك أن يصبح المرأة صائماً وهو مذهب ابن عمر كما ذكرنا وفيه بعد في اللفظ وإنما صار الجمهور إلى هذا التأويل لحديث ابن عباس الثابت أنه قال عليه الصلاة والسلام: فإن غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين وذلك مجمل وهذا مفسر فوجب أن يحمل المجمل على المفسر وهي طريقة لا خلاف فيها بين الأصوليين فإنه ليس عندنا بين المجمل والمفسر تعارض أصلاً فذهب الجمهور في هذا الاتجاه والله أعلم وأما اختلافهم في اعتبار وقت الرؤية فاتهم انفتوا على أنه إذا روى من العشي أن الشهر من اليوم الثاني واختلفوا إذا روى في سائر أوقات النهار أعني أول ما روى فذهب الجمهور أن القمر في أول وقت رؤى من النهار أيام اليوم المستكمل كحكم رؤيته بالعشي وبهذا القول قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور أصحابهم وقال أبو يوسف من أحب أبى

حَنِيفَةُ وَالثَّوْرِيُّ وَابْنُ حَبِيبٍ مِنْ أَتْحَابِ مَالِكٍ إِذَا رَوَى الْحَلَالَ قَبْلَ الزَّوَالِ فَهُوَ لِلْيَمَانَةِ
وَإِنْ رَوَى بَعْدَ الزَّوَالِ فَهُوَ لِلْأَنْتِ وَسَبَبُ اخْتِلَافِهِمْ تَرْكُ اعْتِبَارِ التَّجَرُّبَةِ فَيَسْبِيلُهُ التَّجَرُّبَةُ
وَالرَّجُوعُ إِلَى الْأَخْبَارِ فِي ذَلِكَ وَلَيْسَ فِي ذَلِكَ أَثَرٌ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ رَجَعَ إِلَيْهِ
لَكِنْ رَوَى عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ : أَحَدَهُمَا عَامٌ ، وَالْآخَرُ مُقَسَّرٌ فَذَهَبَ قَوْمٌ إِلَى
الْعَامِ وَذَهَبَ قَوْمٌ إِلَى الْمُقَسَّرِ فَأَمَّا الْعَامُ فَهُوَ مَا وَادَّ الْأَنْعَمُشَ عَنْ أَبِي وَائِلٍ شَتِيقُ بْنُ سَلَامَةَ
قَالَ أَنَا مَا كُتِبَ عُمَرُ وَنَحْنُ نَحْنُ نَحْنُ نَحْنُ إِنْ الْهَلَّةُ بَعْضُهَا أَكْبَرُ مِنْ بَعْضٍ فَذَا رَأَيْتُمْ الْحَلَالَ نَهَارًا
فَلَا تَنْطَرُوا حَتَّى يَشْهَدَ رَجُلَانِ أَنَّهُمَا رَأَيَاهُ بِالْأَمْسِ وَأَمَّا الْخَاصُ فَهُوَ رَوَى الثَّوْرِيُّ عَنْهُ
أَنَّهُ بَلَغَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ أَنَّ قَوْمًا رَأَوْا الْحَلَالَ بَعْدَ الزَّوَالِ فَأَفْطَرُوا فَكُتِبَ إِلَيْهِمْ يَوْمَهُمْ
وَقَالَ : إِذَا رَأَيْتُمْ الْحَلَالَ نَهَارًا قَبْلَ الزَّوَالِ فَأَفْطَرُوا وَإِذَا رَأَيْتُمُوهُ بَعْدَ الزَّوَالِ فَلَا تَنْطَرُوا
قَالَ الْقَضَائِيُّ الَّذِي يَقْتَضِي الْقِيَاسُ وَالتَّجَرُّبَةُ أَنَّ الْقَمَرَ لَا يَرَى وَالشَّمْسُ بَعْدَ غَمُوبِهَا إِلَّا
وَهُوَ بَعِيدٌ مِنْهَا لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ أَكْبَرُ مِنْ قَوْسِ الرُّؤْيَةِ وَإِنْ كَانَ يَخْتَلِفُ فِي الْكِبَرِ وَالصَّغَرِ
فَبَعِيدٌ وَاللَّهُ أَعْلَمُ أَنْ يَبْلُغَ مِنَ الْكِبَرِ أَنْ يَرَى وَالشَّمْسُ بَعْدَ غَمُوبِهَا وَلَكِنْ الْمَعْتَدُ فِي ذَلِكَ
التَّجَرُّبَةُ كَمَا قُلْنَا وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ قَبْلَ الزَّوَالِ وَلَا بَعْدَهُ وَأَمَّا الْمَعْتَدُ فِي ذَلِكَ فَغَيْبُ الشَّمْسِ
أَوَّلًا مَغِيبُهَا ، وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ فِي حَصُولِ الْعِلْمِ بِالرُّؤْيَةِ فَإِنْ لَمْ يَطْرُقْ يَتَيْنِ أَحَدُهُمَا الْحُسْنُ
وَالْآخَرُ الْخَرَفَ فَمَا طَرُقَ الْحُسْنُ فَإِنَّ الْعُلَمَاءَ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ مَنْ أَبْصَرَ هَلَالَ الصَّوْمِ وَحَدَّهُ أَنْ
عَلَيْهِ أَنْ يَصُومَ إِلَّا عَطَاءُ بْنُ أَبِي رِيَّاحٍ فَإِنَّهُ قَالَ لَا يَصُومُ إِلَّا بِرُؤْيَةٍ غَيْرِهِ مَعَهُ وَاخْتَلَفُوا هَلْ
يَنْطَرُ بِرُؤْيَتِهِ وَحَدَّهُ فَذَهَبَ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ إِلَى أَنَّهُ لَا يَنْطَرُ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يَنْطَرُ
وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ وَهَذَا لَا مَعْنَى لَهُ فَإِنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَدْ أَوْجَبَ الصَّوْمَ وَالْفِطْرَ
لِلرُّؤْيَةِ وَالرُّؤْيَةُ إِنَّمَا تَكُونُ بِالْحُسْنِ وَلَوْلَا الْإِجْمَاعُ عَلَى الصِّيَامِ بِالْخَرَفِ عَنِ الرُّؤْيَةِ لَمْ يَكُنْ وَجُوبُ
الصِّيَامِ بِالْخَبَرِ لظَاهِرِ هَذَا الْخَبَرِ وَأَمَّا فَرْقُ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ هَلَالَ الصَّوْمِ وَالْفِطْرِ لِمَكَانِ سَدِّ
الذَّرِيعَةِ أَنْ لَا يَدْعَى التَّسَاقُوتُ إِلَيْهِمْ وَأَوَّلُ الْهَلَالِ فِي فِطْرَتِهِمْ يَعْلَمُ بِرُؤْيِهِ وَلِذَلِكَ قَالَ الشَّافِعِيُّ إِنْ
أَنْ خَفِيَ التَّهْمَةُ أَمْسَكَ عَنِ الْأَكْلِ وَالشَّرْبِ وَاعْتَدَّ النَّظَرَ وَشَدَّ مَالِكٌ فَقَالَ مَنْ أَفْطَرَ وَقَدَّرَ أَيْ
الْحَلَالَ وَحَدَّهُ فَعَلِيهِ الْقَضَاءُ وَالْكَفَّارَةُ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ عَلَيْهِ الْقَضَاءُ فَقَطَّ

وَأَمَّا طَرُقَ الْخَبَرُ فَانْهَمَّ اخْتَلَفُوا فِي عَدَدِ الْخَبَرَيْنِ الَّذِينَ يَجِبُ قَبُولُ خَبَرِهِمْ عَنِ الرُّؤْيَةِ
وَفِي صِفَتِهِمْ فَأَمَّا مَالِكٌ فَقَالَ إِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَصَامَ وَلَا يَفْطَرَ بِأَقْلِ مِنْ شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ عَدْلَيْنِ
وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي رِوَايَةِ الْمَزْنِيِّ أَنَّهُ يَصَامُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَاحِدٍ عَلَى الرُّؤْيَةِ وَلَا يَنْطَرُ

بأقل من شهادة رجلين وقال أبو حنيفة إن كانت السماء معية قبل واحد وان كانت
 صاحبة بمصر كبير لم تقبل الا شهادة احم العفير وروى عنه أنه تقبل شهادة عدلين اذا
 كانت السماء مصحية وقدر روى عن مالك أنه لا تقبل شهادة الشاهدين الا إذا كانت
 السماء معية وأجمعوا على أنه لا يقبل في العطر الا اثنان الا باثور فانه لم يفرق في ذلك بين
 الصوم والنظر كما فرق الشافعي * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب
 وتردد الخبر في ذلك بين أن يكون من باب الشهادة أو من باب العمل بالأحاديث التي
 لا يشترط فيها العدد أما الآثار فمن ذلك ما أخرجه أبو داود عن عبد الرحمن بن زيد بن
 الخطاب أنه خطب الناس في اليوم الذي يشك فيه فقال اني جالست أصحاب رسول الله
 صلى الله عليه وسلم وساءلهم وكلهم حدثوني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال صوموا
 لرؤية وأفطروا لرؤية فان غم عليكم فاموا ثلاثين فان شهد شاهدان فصوموا وأفطروا ومنها
 حديث ابن عباس أنه قال جاء أعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أبصرت الهلال الليلة
 فقال : أتشهد أن لا اله الا الله وأن محمداً عبده ورسوله قال نعم قال يا بلال : أذن في الناس
 فليصوموا غدا أخرجه الترمذي قال وفي اسناده خلاف لانه رواه جماعة من سلا ومنها حديث
 ربيع بن خراش أخرجه أبو داود عن ربيع بن خراش عن رجل من أصحاب رسول الله صلى
 الله عليه وسلم قال الناس في آخر يوم من رمضان فقام أعرابي فشهد عند النبي صلى الله عليه
 وسلم لأهل الهلال أمس عشيّة فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس أن يفطروا وأن
 يعودوا الى المصلى فذهب الناس في هذه الآثار مذهب الترجيح ومذهب الجمع فالشافعي جمع
 بين حديث ابن عباس وحديث ربيع بن خراش على ظاهرهما فأوجب الصوم بشهادة واحد
 والفطر باثنين ومالك رجح حديث عبد الرحمن بن زيد لمكان القياس أعني تشبيه ذلك
 بالشهادة في الحقوق ويشبهه أن يكون أبو ثور لم ينعارض بين حديث ابن عباس وحديث
 ربيع بن خراش وذلك ان الذي في حديث ربيع بن خراش أنه قضى بشهادة اثنين وفي
 حديث ابن عباس أنه قضى بشهادة واحد وذلك مما يدل على جواز الأمرين جميعاً لأن ذلك
 تعارض ولأن القضاء الاول مختص بالصوم والثاني بالعطر فان القول بهذا إنما ينبنى على
 توجع التعارض وكذلك يشبهه الآن يكون تعارض بين حديث عبد الرحمن بن زيد وبين
 حديث ابن عباس لا بدليل الخطاب وهو ضعيف اذا عارضه النص فقد نرى أن قول أبي ثور
 على شدوده هو أين مع أن تشبيه الرأي بالرأى هو أمثل من تشبيهه بالشاهد لان الشهادة إما

أن يقول ان اشتراط العدد فيها عبادة غير معاملة فلا يجوز أن يقيس عليها وإما أن يقول ان اشتراط العدد فيها هو لموضع التنازع الذي في الحقوق والشبهة التي تعرض من قبل قول أحد الخصمين فاشتراط فيها العدد وإيكون الظن أغلب والميل الى حجة أحد الخصمين أقوى ولم يتعد بذلك الاثنين لكلا يعسر قيام الشهادة فتبطل الحقوق وليس في رؤية القمر شبهة من مخالف توجب الاستظهار بالعدد ويشبه أن يكون الشافعي انما فرق بين هلال الفطر وهلال الصوم للتهمة التي تعرض للناس في هلال الفطر ولا تعرض في هلال الصوم ومذهب أبي بكر ابن المنذر هو مذهب أبي ثور وأحسبه هو مذهب أهل الظاهر وقد احتج أبو بكر بن المنذر لهذا الحديث بأنه قاطع الإجماع على وجوب الفطر والامساك عن الاكل بقول واحد فوجب أن يكون الامر كذلك في دخول الشهر وخروجه اذ كلاهما علامة تفصل زمان الفطر من زمان الصوم واذ قلنا ان الرؤية تثبت بالخبر في حق من لم يره فهل يتعدى ذلك من بلد الى بلد أعني هل يجب على أهل بلد ما اذا لم يروه أن يأخذوا في ذلك برؤية بلد آخر أم لكل بلد رؤية فيه خلاف فاما مالك فان ابن القاسم والمصريين رووا عنه أنه اذا ثبت عند أهل بلد أن أهل بلد آخر رأوا الهلال أن عليهم قضاء ذلك اليوم الذي أفطروه وصامه غيرهم وبه قال الشافعي وأحمد وروى المدنيون عن مالك أن الرؤية لا تلزم بالخبر عند غير أهل البلد الذي وقعت فيه الرؤية الا أن يكون الامام يحمل الناس على ذلك وبه قال ابن الماجشون والمغيرة من أصحاب مالك وأجمعوا أنه لا يراعى ذلك في البلد ان البائية كالاندلس والحجاز * والسبب في هذا الخلاف تعارض الاثر والنظر

أما النظر فهو ان البلاد اذا اختلف مطالعها كل الاختلاف فيجب أن يحمل بعضها على بعض لانها في قياس الافق الواحد وأما اذا اختلفت اختلافًا كثيرًا فليس يجب أن يحمل بعضها على بعض

وأما الاثر فاراده مسلم عن كريب ان أم الفضل بنت الحرث بعثته الى معاوية بالشام فقال قدمت الشام فقضيت حاجتها واستهل على رمضان وأنا بالشام فرأيت الهلال ليلة الجمعة ثم قدمت المدينة في آخر الشهر فسألني عبد الله بن عباس ثم ذكر الهلال فقال متى رأيتم الهلال فقلت رأيته ليلة الجمعة فقال أنت رأيته فقلت نعم ورأه الناس وصاموا وصام معاوية قال لكن أريناه ليلة السبت فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين يوما أو نراه فقلت ألا تكتفي برؤية معاوية فقال لا هكذا أمرنا النبي عليه الصلاة والسلام فظاهر هذا الاثر يقتضي ان لكل بلد رؤية تقرب أو بعد والنظر يعطى الفرق بين البلاد البائية والقريبة وبخاصة ما كان

نأيه العرض كثير أو اذا بلغ الخبر مبلغ التواتر لم يحتج فيه الى شهادة فهذا هي المسائل التي تتعلق
بزمان الوجوب

وأما التي تتعلق بزمان الامساك فانهم اتفقوا على أن آخره غيبوبة الشمس لقوله تعالى « ثم
أتوا الصيام الى الليل » واختلفوا في أوله فقال الجمهور هو طلع النجم الثاني المستطير
الابيض لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أغنى حده بالمستطير ولظاهر قوله
تعالى « حتى يتبين لكم الخيط الابيض » الآية وشذت فرقة فقالوا هو الفجر الاحمر الذي
يكون بعد الابيض وهو نظير الشفق الاحمر وهو مروي عن حذيفة وابن مسعود * وسبب
هذا الخلاف هو اختلاف الآثار في ذلك واشترك اسم الفجر أعني انه يقال على الابيض
والاحمر وأما الآثار التي احتجوا بها فمنها حديث زر عن حذيفة قال تسحرت مع النبي
صلى الله عليه وسلم ولو أشاء أن أقول هو النهار إلا أن الشمس لم تطلع وخرج أبو داود عن
قيس بن طلق عن أبيه أنه عليه الصلاة والسلام قال كلوا واشربوا ولا يهيدنكم الساطع
المصعد فكلوا واشربوا حتى يعترض لكم الاحمر قال أبو داود وهذا ما تقر به أهل الإمامة
وهذا شذوذ فان قوله تعالى « حتى يتبين لكم الخيط الابيض » نص في ذلك أو كالنص
والذين رأوا أنه الفجر الابيض المستطير وهم الجمهور والمعتقد اختلفوا في الحد المحرم
للاكل فقال قوم هو طلع النجم نفسه وقال قوم هو يتبينه عند الناظر اليه ومن لم يتبينه
فالاكل مباح له حتى يتبينه وان كان قد طلع وفائدة الفرق انه اذا انكشف ان ما ظن من انه لم
يطلع كان قد طلع فمن كان الحد عنده هو الطلوع نفسه أوجب عليه القضاء ومن قال هو العلم
الحاصل به لم يوجب عليه قضاء * وسبب الاختلاف في ذلك الاحتمال الذي في قوله تعالى
وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر هل على الامساك
بالتبين نفسه أو بالتبين لان العرب تتجاوز فتستعمل لاحق الشيء بدل الشيء على وجه
الاستعارة فكانه قال تعالى (وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود)
لانه اذا تبين في نفسه تبين لنا فاذا إضافة التبيين لنا هي التي أوقعت الخلاف لانه قد يتبين في
نفسه ويتميز ولا يتبين لنا وظاهر اللفظ يوجب تعلق الامساك بالعلم والقياس يوجب تعلقه
بالطلوع نفسه أعني قياساً على الغروب وعلى سائر حدود الاوقات الشرعية كالزوال وغيره
فان الاعتبار في جميعها في الشرع هو بالامر نفسه لا بالعلم المتعلق به والمشهور عن مالك وعليه
الجمهور ان الاكل يجوز أن يتصل بالطلوع وقيل بل يجب الامساك قبل الطلوع والحجة للقول

الاول ما في كتاب البخارى اظنه في بعض رواياته قال النبي صلى الله عليه وسلم وكلوا واشربوا حتى ينادى ابن ام مكتوم فانه لا ينادى حتى يطالع الفجر وهو بص في موضع الخلاف وكالنص والموافق لظاهر قوله تعالى وكلوا واشربوا الآية ومن ذهب الى أنه يجب الامساك قبل الفجر فجر يا على الاحتياط وسداً للذريعة وهو أروع العولين والاول أقيس والله أعلم

﴿الركن الثاني وهو الامساك﴾

وأجمعوا على أنه يجب على الصائم الامساك زمان الصوم عن المأكل والمشرب والجماع لقوله تعالى (فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر) واختلهوا من ذلك في مسائل منها مسكوت عنها ومنها منطوق بها اما المسكوت عنها احداها فيما يرد الجوف مما ليس بمأكل وفيما يرد الجوف من غير منفذ الطعام والشراب مثل الحنطة وفيما يرد باطن سائر الاعضاء ولا يرد الجوف مثل أن يرد الدماغ ولا يرد المعدة * وسبب اختلافهم في هذه هو قياس المغذى على غير المغذى وذلك ان المنطوق به انها هو المغذى فمن رأى ان المقصود بالصوم معنى معقول لم يلحق المغذى بغير المغذى ومن رأى انها عبادة غير معقولة وان المقصود منها انها هو الامساك فقط عما يرد الجوف سوى بين المغذى وغير المغذى وتحصيل مذهب مالك انه يجب الامساك عن ما يصل الى الخلق من أى المنافذ وصل مغذيا كان أو غير مغذى وأما ما عدى الماء كول والمشرب من المفطرات فكهم يقولون ان من قبل فأمنى فقد أفطر وان أمذى فلم يفطر الامالك واختلّفوا في القبلة للصائم فمنهم من أجازها ومنهم من كرها للشباب وأجازها للشيخ ومنهم من كرها على الإطلاق فمن رخص فيها فلما روى من حديث عائشة وأم سلمة أن النبي عليه الصلاة والسلام: كان يتقبل وهو صائم ومن كرها فلما يدعوا اليه من الوقاع وشذوق فقالوا القبلة تفطر واحتجوا بذلك بما روى عن ميمونة بنت سعد قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم فقال: افطر اجمعيا خرج هذا الاثر الطحاوى ولكن ضعفه

واما ما يتبع من هذه من قبل الغلبة ومن قبل النسيان قال الكلام فيه عند الكلام في المفطرات وأحكامها

وأما اختلافوا فيه مما هو منطوق به فالجماعة والاقية أما الجماعة فان فيها ثلاثة مذاهب، قوم قالوا انها تفطر وان الامساك عنها واجب وبه قال أحمد وداود والاوزاعي واسحاق بن راهويه،

وقوم قالوا انها مكرهة للصائم وليست تنظر وبه قال مالك والشافعي والثوري، وقوم قالوا انها غير مكرهة ولا منقطعة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وسبب اختلافهم تعارض الآثار الواردة في ذلك وذلك انه ورد في ذلك حديثان أحدهما مروي عن طريق ثوبان ومن طريق رافع بن خديج أنه عليه الصلاة والسلام قال : افطر الحاجم والمحجوم وحديث ثوبان هذا كان يصححه احمد والحديث الثاني حديث عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم وهو حائض وحديث ابن عباس بهذا صحيح فذهب العلماء في هذين الحديثين ثلاثة مذاهب ، أحدها مذهب الترجيح ، والثاني مذهب الجمع ، والثالث مذهب الاسقاط عند التعارض والرجوع الى البراءة الاصلية اذا لم يعلم الناسخ من المنسوخ فمن ذهب مذهب الترجيح قال بحديث ثوبان وذلك ان هذا موجب حكما وحديث ابن عباس رافعه والموجب مرجح عند كثير من العلماء على الرافع لان الحكم اذا ثبت بطريق يوجب العمل لم يرتفع الا بطريق يوجب العمل برفعه وحديث ثوبان قد وجب العمل به وحديث ابن عباس محتمل أن يكون ناسخاً ومحتمل أن يكون منسوخاً وذلك شك والشك لا يوجب عملاً ولا يرفع العلم الموجب للعمل وهذا على طريقة من لا يرى الشك مؤثراً في العلم ومن رام الجمع بينهما حمل حديث النبي على الكراهية وحديث الاحتجام على رفع الخطر ومن أسقطهما للتعارض قال باباحية الاحتجام للصائم واما التي فان جمهور الفقهاء على أن من ذرعه التي عفليس بمفطر الا ربعة فانه قال انه مفطر وجهه وجهه أيضاً على أن من استقاء فشاء فانه مفطر الا طائوس * وسبب اختلافهم ما يتوهم من التعارض بين الاحاديث الواردة في هذه المسئلة واختلافهم أيضاً في تصحيحها وذلك انه ورد في الباب حديثان أحدهما حديث أبي الدرداء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فافطر قال معدان فلقيت ثوبان في مسجد دمشق فقلت له ان أبا الدرداء حدثني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قاء فافطر فقال صدق أنا صبيت له وضوءاً وحديث ثوبان هذا صححه الترمذي والآخر حديث أبي هريرة أخرجه الترمذي وأبو داود أيضاً أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : من ذرعه التي وهو حائض فليس عليه قضاء وان استقاء فعليه القضاء وروى موقوفاً على ابن عمر فمن لم يصح عنده الاثران كلاهما قال ليس فيه فطر أصلاً ومن أخذ بظاهر حديث ثوبان ورجحه على حديث أبي هريرة أوجب الفطر من التي عباطلاق ولم يفرق بين أن يستقي أو لا يستقي وومن جمع بين الحديثين وقال حديث ثوبان مجمل وحديث أبي هريرة مفسر والواجب حمل الجمل على المتسفر فرق بين التي عوا الاستقاء وهو الذي عليه الجمهور .

«الركن الثالث وهو النية»

والنظر في النية في مواضع منها هل هي شرط في صحة هذه العبادة أم ليست بشرط وإن كانت شرطاً فما الذي يجزى من تعيينها وهل يجب تحديدها في كل يوم من أيام رمضان أم يكفي في ذلك النية الواقعة في اليوم الأول وإذا أوقعها المكلف فأى وقت إذا وقعت فيه صح الصوم وإذا لم تقع فيه بطل الصوم وهل رفض النية بوجوب الفطر وإن لم يفطر وكل هذه المطالب قد اختلف الفقهاء فيها أما كون النية شرطاً في صحة الصيام فانه قول الجمهور وشذوذ فقل لا يحتاج رمضان الى نية إلا أن يكون الذي يدركه صيام شهر رمضان مريضاً أو مسافراً فيريد الصوم والسبب في اختلافهم الاحتمال المتطرق الى الصوم هل هو عبادة معقولة المعنى أو غير معقولة المعنى فمن رأى أنها غير معقولة المعنى أوجب النية ومن رأى أنها معقولة المعنى قال قد حصل المعنى اذا صام وإن لم ينو لكن تخصيص زفر رمضان بذلك من بين أنواع الصوم فيه ضعف وكأنه لما رأى أن أيام رمضان لا يجوز فيها الفطر رأى أن كل صوم يقع فيها ينقلب صوماً مشروعاً وإن هذا شئ يخص هذه الأيام وأما اختلافهم في تعيين النية الحزبية في ذلك فإن ما لك قال لا بد من ذلك من تعيين صوم رمضان ولا يكفيه اعتقاد الصوم مطلقاً ولا اعتقاد صوم معين غير صوم رمضان وقال أبو حنيفة إن اعتقد مطلق الصوم أجزأه وكذلك إن نوى فيه صيام غير رمضان أجزأه وانقلب الى صيام رمضان إلا أن يكون مسافراً فإنه إذا نوى المسافر عنده في رمضان صيام غير رمضان كان مانوياً لا به لم يجب عليه صوم رمضان وجوباً معيناً ولم يفرق صاحباه بين المسافر والحاضر وقال كل صوم نوى في رمضان انقلب الى رمضان * وسبب اختلافهم هل الكافي في تعيين النية في هذه العبادة هو تعيين جنس العبادة أو تعيين شخصها وذلك أن كلا الأمرين موجود في الشرع مثال ذلك أن النية في الوضوء يكفي منها اعتقاد رفع الحدث، لا شئ كان من العبادات التي الوضوء شرط في صحتها وليس يختص عبادة بوضوء بوضوء وأما الصلاة فلا بد فيها من تعيين شخص العبادة فلا بد من تعيين الصلاة أن عصر أو عصر أو أن ظهر أو ظهر وأما كنه على المشهور عند العلماء فتردد الصوم عند هؤلاء بين هذين الجنسيتين فمن ألحقه بالجنس الواحد قال يكفي في ذلك اعتقاد الصوم فقط ومن ألحقه بالجنس الثاني اشترط تعيين الصوم واختلافهم أيضاً في إذا نوى في أيام رمضان صوماً آخر هل ينقلب أو لا ينقلب سببه أيضاً أن من العبادة عندهم ما ينقلب من قبل أن الوقت الذي توقع فيه يختص بالعبادة التي تنقلب اليه ومنها ما ليس ينقلب أما التي لا تنقلب فأكثرها وأما التي تنقلب بانفاق

فَحُجَّ وَذَلِكَ أَنَّهُمْ قَالُوا إِذَا ابْتَدَأَ الْحُجَّ تَفَوُّعًا مِنْ وَجِبَ عَلَيْهِ الْحُجَّ اسْتِغْلَابَ التَّطَوُّعِ إِلَى
 التَّرَضِّ وَلَمْ يَقُولُوا ذَلِكَ فِي الصَّلَاةِ وَلَا فِي غَيْرِهَا مِنْ شَبْهِ الصَّوْمِ بِالْحُجَّ قَالَ يَنْقَلِبُ وَمِنْ شَبْهِهِ
 بِغَيْرِ مَنْ الْعِبَادَاتِ قَالَ لَا يَنْقَلِبُ وَأَمَّا اخْتِلَافُهُمْ فِي وَقْتِ النِّيَّةِ فَإِنَّ مَا لَكَ أَرَأَيْتَ أَنَّهُ لَا يَحْزِي
 الصِّيَامَ إِلَّا بِنِيَّةٍ قَبْلَ التَّجَرُّ وَذَلِكَ فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِ الصَّوْمِ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يَحْزِي النِّيَّةُ بَعْدَ التَّجَرُّ
 فِي النَّافِلَةِ وَلَا يَحْزِي فِي التَّرَوُّضِ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ يَحْزِي النِّيَّةُ بَعْدَ التَّجَرُّ فِي الصِّيَامِ الْمُتَعَلِّقِ
 وَجَوْزٍ بِدَوَقٍ مُعَيَّنٍ مِثْلَ رَمَضَانَ وَنَذْرٍ أَيَّامٍ مَحْدُودَةٍ وَكَذَلِكَ فِي النَّافِلَةِ وَلَا يَحْزِي فِي الْوَاجِبِ
 فِي الذَّمِّ وَالسَّبَبُ فِي اخْتِلَافِهِمْ تَعَارُضُ الْإِثْرِ فِي ذَلِكَ أَمَّا الْأَثَرُ الْمُتَعَارِضُ فِي ذَلِكَ
 فَأَحَدُهُمَا خَرَجَهُ الْبُخَارِيُّ عَنْ حَفْصَةَ أَنَّهَا قَالَتْ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: مَنْ لَمْ يَبَيْتِ الصِّيَامَ مِنْ
 اللَّيْلِ فَلَا صِيَامَ لَهُ وَرَوَاهُ مَالِكٌ مُوقُوفًا قَالَ أَبُو عَمْرٍو حَدِيثُ حَفْصَةَ فِي اسْتِنَادِهِ اضْطِرَابُ
 وَالثَّانِي مَا رَوَاهُ مُسْلِمٌ عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ قَالَ لِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذَاتَ يَوْمٍ: يَا عَائِشَةُ
 هَلْ عِنْدَكُمْ شَيْءٌ قَالَتْ قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا عِنْدَنَا شَيْءٌ قَالَ فَأَنِّي صَائِمٌ وَحَدِيثُ مَعَاوِيَةَ أَنَّهَا قَالَتْ عَلَى
 الْمُنْبَرِ يَا أَهْلَ الْمَدِينَةِ أَيْنَ عِلْمَاؤُكُمْ سَمِعْتُمْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: الْيَوْمَ هَذَا يَوْمُ
 عَاشُورَاءَ وَلَمْ يَكْتُبْ عَلَيْنَا صِيَامَهُ وَأَنَا حَائِضٌ مِنْ شَاءَ مِنْكُمْ فَلْيَصُومُوا مِنْ شَاءَ فَلْيَفْطُرُوا مَنْ ذَهَبَ
 مِنْهُمْ مَذْهَبُ التَّرْجِيحِ أَخَذَ بِحَدِيثِ حَفْصَةَ وَمَنْ ذَهَبَ مِنْهُمْ مَذْهَبُ الْجَمْعِ فَفَرَّقَ بَيْنَ النَّفْلِ وَالْفَرْضِ أَعْنَى
 حَمْلِ حَدِيثِ حَفْصَةَ عَلَى الْفَرْضِ وَحَدِيثِ عَائِشَةَ وَمَعَاوِيَةَ عَلَى النَّفْلِ وَأَمَّا فَرَقُ أَبُو حَنِيفَةَ
 بَيْنَ الْوَاجِبِ الْمَعْيَنِ وَالْوَاجِبِ فِي الذَّمِّ لِأَنَّ الْوَاجِبَ الْمَعْيِنَ لَهُ وَقْتُ مَخْصُوصٌ يَقُومُ مَقَامَ النِّيَّةِ
 فِي التَّعْيِينِ وَالَّذِي فِي الذَّمِّ لَيْسَ لَهُ وَقْتُ مَخْصُوصٌ فَوْجِبَ أَنْ التَّعْيِينَ بِالنِّيَّةِ وَهُمْ يَوْمُ الْفَتْهَاءِ عَلَى
 أَنَّهُ لَيْسَ الطَّهَارَةُ مِنَ الْجَنَابَةِ شَرْطًا فِي صِحَّةِ الصَّوْمِ لِما ثَبَتَ مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ وَأَمَّا سَهَابَةُ زَوْجِي
 النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُمَا قَالَتَا كَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: يَصْبِحُ جَنَابًا مِنْ جَمَاعٍ
 غَيْرِ احْتِلَامٍ فِي رَمَضَانَ ثُمَّ يَصُومُ وَمِنْ أَجْلِ هَذَا لَمْ يَجْمَعْ عَلَى أَنَّ الْإِحْتِلَامَ بِالنَّهَارِ لَا يَفْسُدُ الصَّوْمَ
 وَرَوَى عَنْ إِبْرَاهِيمَ التَّخَمِي وَعُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ وَطَاوُسٍ أَنَّهُ إِذَا تَعَمَّدَ ذَلِكَ أَفْسَدَ صَوْمَهُ: وَسَبَبُ
 اخْتِلَافِهِمْ مَا رَوَى عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: مَنْ أَصْبَحَ جَنَابًا فِي رَمَضَانَ أَفْطَرُ وَرَوَى عَنْهُ
 أَنَّهُ قَالَ مَا نَأْتِيهِ مُحَمَّدٌ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ دُورِبَ الْكُعْبَةُ وَذَهَبَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ مِنْ أَصْحَابِ
 مَالِكٍ أَنَّ الْخَائِضَ إِذَا طَهَّرْتَ قَبْلَ التَّجَرُّ فَأَخْرَجْتَ الْغَسْلَ إِنْ يَوْمَها يَوْمُ فِطْرٍ وَأَقُولُ بِلَهُؤْلَاءِ
 شَاذَةٌ وَغَرْدُودَةٌ بِالسَّنَنِ الْمَشْهُورَةِ الثَّابِتَةِ.

(القسم الثاني من الصوم المفروض)

وهو الكلام في الفطر وأحكامه والمفطرون في الشرع على ثلاثة أقسام صنف يحوز له الفطر والصوم باجماع وصنف يجب عليه الفطر على اختلاف في ذلك بين المسلمين وصنف لا يحوز له الفطر وكل واحد من هؤلاء متعلق به أحكام أما الذين يحوز لهم الامران فالمرضى باتفاق والمسافر باختلاف والحامل والمرضع والشيخ الكبير وهذا التقسيم كله يجمع عليه فاما المسافر فالنظر فيه في مواضع منها هل ان صام أجزأه صومه أم ليس يحز به وهل ان كان يحزى المسافر صومه الا فضل له الصوم أو الفطر أو هو مخير بينهما وهل الفطر الجائز له هو في سفر محدود أم في كل ما ينطلق عليه اسم السفر في وضع اللغة ومتى يعطر المسافر ومتى يمسك وهل اذا مرض بعض الشهر له أن ينشئ السفر أم لا ثم اذا فطر ما حكمه وأما المريض فالنظر فيه أيضاً في تحديد المرض الذي يحوز له فيه الفطر وفي حكم الفطر

أما المسئلة الأولى : وهي ان صام المريض والمسافر هل يحز به صومه عن فرضه أم لا فانهم اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى انه ان صام وقع صيامه وأجزأه وذهب أهل الظاهر الى انه لا يحز به وان فرضه هو ايام آخر * والسبب في اختلافهم تردد قوله تعالى فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من ايام أخر بين أن يحمل على الحقيقة فلا يكون هنالك محذوف أصلاً أو يحمل على الجواز فيكون التدبير فافطر فعدة من ايام أخر وهذا الحذف في الكلام هو الذي يعرفه أهل صناعة الكلام بلحن الخطاب ومن حمل الآية على الحقيقة ولم يحملها على الجواز قال ان فرض المسافر عدة من ايام أخر لقوله تعالى فعدة من ايام أخر ومن قدر فافطر قال انما فرضه عدة من ايام أخر اذا فطر وكلا الفريقين يرجح تأويله بالا ثار الشاهدة لكلام المفهومين وان كان الاصل هو أن يحمل التثنية على الحقيقة حتى يدل الدليل على حملها على الجواز أما الجمهور فيحتاجون لمذهبهم بما ثبت من حديث أس قال سافر نافع رسول الله صلى الله عليه وسلم في رمضان فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم ومأنت عنه أيضاً انه قال كان أحب رسول الله صلى الله عليه وسلم يسافر في صوم بعضهم ويفطر بعضهم وأهل الظاهر يحتاجون لمذهبهم بما ثبت عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى مكة عام الفتح في رمضان فصام حتى بلغ الكديد ثم أفطر فافطر الناس وكانوا يأخذون بالا حدث فلا حدث من أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا وهذا يدل على نسخ الصوم قال أبو عمر والحجة على أهل الظاهر اجماعهم على أن المريض اذا صام أجزأه صومه

﴿وَأَمَّا الْمَسْئَلَةُ الثَّانِيَةُ﴾ وهي هل الصوم أفضل أو الفطر إذا قلنا أنه من أهل الفطر على مذهب الجمهور فإنهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة مذاهب فبعضهم رأى الصوم أفضل ومن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وبعضهم رأى أن الفطر أفضل ومن قال بهذا القول أحمد وجماعة وبعضهم رأى أن ذلك على التخيير وأنه ليس أحدهما أفضل. والسبب في اختلافهم معارضة المفهوم من ذلك لظاهر بعض المنقول ومعارضة المنقول ببعضه لبعض وذلك أن المعنى المعقول من إجازة الفطر للصائم إنما هو الرخصة له لم يكن رفع المشقة عنه وما كان رخصة فالأفضل ترك الرخصة ويشهد لهذا حديث حمزة بن عمر والاسلمى خرجاه مسلم أنه قال يا رسول الله أجدي قوّة على الصيام في السفر فهل على من جناح قتال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هي رخصة من الله فمن أخذ بها فحسن ومن أحب أن يصوم فلا جناح عليه

وَأَمَّا ما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام ليس من البر أن تصوم في السفر ومن أن آخر قوله عليه الصلاة والسلام كان الفطر فيروم أن الفطر أفضل لكن الفطر لما كان ليس حكماً وإنما هو من فعل المباح عسر على الجمهور أن يضعوا المباح أفضل من الحكم وأما من خير في ذلك فلم كان حديث عائشة قالت سألت حمزة بن عمر والاسلمى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصيام في السفر فقال: إن شئت فصم وإن شئت فافطر خرجاه مسلم.

﴿وَأَمَّا الْمَسْئَلَةُ الثَّالِثَةُ﴾ وهي هل الفطر الجائز للمسافر هو في سفر محدود أو في سفر غير محدود فإن العلماء اختلفوا فيها فذهب الجمهور إلى أنه إنما يفطر في السفر الذي تقتصر فيه الصلاة وذلك على حسب اختلافهم في هذه المسئلة وذهب قوم إلى أنه يفطر في كل ما ينطبق عليه اسم سفر وهم أهل الظاهر. والسبب في اختلافهم معارضة ظاهر اللفظ للمعنى وذلك أن ظاهر اللفظ أن كل من ينطلق عليه اسم مسافر فله أن يفطر لقوله تعالى (فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر) وأما المعنى المعقول من إجازة الفطر في السفر فهو المشقة ولما كانت لا توجد في كل سفر وجب أن يجوز الفطر في السفر الذي فيه المشقة ولما كان الصحابة كانوا يجمعون على الحدي في ذلك وجب أن يقاس ذلك على الحدي في تقصير الصلاة

وَأَمَّا المرض الذي يجوز فيه الفطر فإنهم اختلفوا فيه أيضاً فذهب قوم إلى أنه المرض الذي يلحق من الصوم فيه مشقة وضرورة وبه قال مالك وذهب قوم إلى أنه المرض الغالب وبه قال أحمد وقال قوم إذا انطلق عليه اسم المريض أفطر. وسبب اختلافهم هو بعينه سبب اختلافهم في حد السفر

﴿ وأما المسئلة الخامسة ﴾ وهي متى يفطر المسافر ومتى يمك أن يفطر يومه الذي خرج فيه مسافراً وبه قال الشعبي والحسن وأحمد وقالت طائفة لا يفطر يومه ذلك وبه قال فقهاء الامصار واستحب جماعة العلماء أن علم أنه يدخل المدينة أول يومه ذلك أن يدخل صائماً وبعضهم في ذلك أكثر تشديداً من بعض وكلهم لم يوجبوا على من دخل مفطراً كفارة واختلوا وفيمن دخل وقد ذهب بعض النصارى فذهب مالك والشافعي إلى أنه يتأدى على فطره وقال أبو حنيفة وأصحابه يكف عن الأكل وكذلك الحائض عنده تطهر تكف عن الأكل والسبب في اختلافهم في الوقت الذي يفطر فيه المسافر هو معارضة الأمر للنظر أما الاثر فإنه ثبت من حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صام حتى بلغ الكديد ثم أفطر وأفطر الناس معه وظاهر هذا أنه أفطر بعد أن يت الصوم وأما الناس فلا يشك أنهم أفطروا بعد تبليغهم الصوم وفي هذا المعنى أيضاً حديث جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الفتح إلى مكة فصار حتى بلغ كراع العميم وصام الناس ثم دعا بقدر من ماء فرفعه حتى نظر الناس إليه ثم شرب فقتل له بعد ذلك أن بعض الناس قد صام فقال أولئك العصاة أولئك العصاة وخرج أبو داود عن أبي بصرة الغفاري أنه لما تجاوز البيوت دعا بالسفرة قال جعفر راوى الحديث فقلت ألسنت تؤم البيوت فقال أترغب عن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال جعفر فأكل

وأما النظر فلما كان المسافر لا يجوز له إلا أن يبيت الصوم ليلة سفره لم يجز له أن يبطل صومه وقد بيته لقوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم

وأما اختلافهم في أمسالة الداخل في أثناء النهار عن الأكل أو لا أمسالكه * فالسبب فيه اختلافهم في تشبيهه من يطرأ عليه في يوم شك أفطر فيه الثبوت أنه من رمضان من شبيهه به قال يمك عن الأكل ومن لم يشبهه به قال لا يمك عن الأكل لأن الأول أكل لموضع الجهل وهذا كل سبب مبيح أو موجب للأكل والخفية تقول كلاهما سببان موجبان للإمسالك عن الأكل بعد اباحة الأكل

﴿ وأما المسئلة السادسة ﴾ وهي هل يجوز للصائم في رمضان أن ينشئ سفراً ثم لا يصوم فيه فإن الجمهور على أنه يجوز ذلك له وروى عن بعضهم وهو عبيدة الساماني وسويد بن غفلة وابن مجلز أنه ان سافر فيه صام ولم يجز واليه القطر * والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى «فنشهد منكم الشهر فليصمه» وذلك أنه يحتمل أن يفهم منه أن من شهد بعض الشهر

فالواجب عليه أن يصومه كله ويحتمل أن يفهم منه أن من شهد أن الواجب أن يصوم ذلك البعض الذي شهد ذلك أنه لما كان المفهوم باتفاق أن من شهد كلفه فهو يصومه كله كان من شهد بعضه فهو يصوم بعضه ويؤيد تأويل الجمهور إنشاء رسول الله صلى الله عليه وسلم السفر في رمضان وأما حكم المسافر إذا فطر فهو القضاء باتفاق وكذلك المريض لقوله تعالى «فعدة من أيام أخر» ما عدا المريض باغماء أو جنون فانهم اختلفوا في وجوب القضاء عليه وقتها إلا مضار على وجوبه على المغمى عليه واختلفوا في الجنون ومذهب مالك وجوب القضاء عليه وفيه ضعف لقوله عليه الصلاة والسلام: وعن الجنون حتى يتيق والذين أوجبوا عليهم القضاء اختلفوا في كون الاغماء والجنون مفسد للصوم فتقوم قالوا أنه مفسد وقوم قالوا ليس يفسد وقوم فرقوا بين أن يكون أغمى عليه بعد الفجر أو قبل الفجر وقوم قالوا إن أغمى عليه بعد مضي أكثر النهار اجزأه وإن أغمى عليه في أول النهار قضى وهو مذهب مالك وهذا كله فيه ضعف فإن الاغماء والجنون صفة يرتفع بها التكليف وبخاصة الجنون وإذا ارتفع التكليف لم يوصف بمنظر ولا صائم فكيف يقال في الصفة التي ترفع التكليف إنها مبطل للصوم إلا كما يقال في الميت أو فمين لا يصح منه العمل أنه قد بطل صومه وعمله ويتعلق بقضاء المسافر والمريض مسائل منها هل يقضيان ما عليهما متتابعاً أم لا ومنها ما إذا علمهما إذا أخر القضاء بغير عذر إلى أن يدخل رمضان آخر ومنها إذا ماتا ولم يقضيا هل يصوم عنهما ولهما أولاً يصوم

جـ أما المسئلة الأولى ١٢ فإن بعضهم أوجب أن يكون القضاء متتابعاً على صفة الاداء وبعضهم لم يوجب ذلك وهو لا علم منهم من خير ومنهم من استحب التتابع والجماعة على ترك إيجاب التتابع * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر اللفظ والقياس وذلك أن القياس يقتضي أن يكون الاداء على صفة القضاء أصل ذلك الصلاة والحج وأما ظاهر قوله تعالى فعدة من أيام أخر فأنما يقتضي إيجاب العدد فقط لا إيجاب التتابع وروى عن عائشة أنها قالت نزلت فعدة من أيام أخر متتابعات فسقطا متتابعات وأما إذا أخر القضاء حتى دخل رمضان آخر فقال قوم يجب عليه بعد صيام رمضان الداخل القضاء والكفارة وبه قال مالك والشافعي وأحمد وقال قوم لا كفارة عليه وبه قال الحسن البصري وإبراهيم النخعي * وسبب اختلافهم هل تقاس الكفارات ببعضها على بعض أم لا فمن لم يحز القياس في الكفارات قال انما عليه القضاء فقط ومن أجاز القياس في الكفارات قال عليه كفارة قياساً على من أفطر

متعمداً لأن كنهها مستهين بخرمة الصوم أما هذا فيترك القضاء زمان القضاء وأما ذلك فبالا كل في يوم لا يجوز فيه الا كل وإنما كان يكون القياس مستنداً للثابت أن للقضاء زماناً محدداً بنص من الشارع لأن أزمته الاداء هي المحدودة في الشرع وقد شدّق قوم فقالوا اذا اتصل مرض المريض حتى يدخل رمضان آخرانه لا قضاء عليه وهذا مخالف للنص وأما اذامات وعليه صوم فان قوما قالوا لا يصوم أحد عن أحد وقوم قالوا يصوم عنه وليس له والذين لم يوجبوا الصوم قالوا يطعم عنه وليه وبه قال الشافعي وقال بعضهم لا صيام ولا اطعام الا أن يوصى به وهو قول مالك وقال أبو حنيفة يصوم فان لم يستطع أطعم وفرق قوم بين النذر والصيام المقر وض فقالوا يصوم عنه وليس له في النذر ولا يصوم في الصيام المقر وض * والسبب في اختلافهم معارضة القياس للآخر وذلك انه ثبت عنه من حديث عائشة انه قال عليه السلام : من مات وعليه صيام صامه عنه وليه خرجه مسلم وثبت عنه أيضاً من حديث ابن عباس انه قال : جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان أمي ماتت وعليها صوم شهر أفأقضيه عنها فقال : لو كان على أمك دين أكنت قاضيه عنها قال نعم قال فدين الله أحق بالقضاء فمن رأى أن الاصول تعارضه وذلك انه كما انه لا يصلي أحد عن أحد ولا يتوضأ أحد عن أحد كذلك لا يصوم أحد عن أحد قال لا صيام على الولي ومن أخذ بالنص في ذلك قال بإيجاب الصيام عليه ومن لم يأخذ بالنص في ذلك قصر الوجوب على النذر ومن قاس رمضان عليه قال يصوم عنه في رمضان وأما من أوجب الاطعام فمصيها الى قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فدية الآية ومن خير في ذلك فجما بين الآية والآخر فذه هي أحكام المسافر والمريض من الصنف الذين يجوز لهم الفطر والصوم

وأما باقي هذا الصنف وهو المرضع والحامل والشيخ الكبير فان فيه مسائلتين مشهورتين ، احدهما الحامل والمرضع اذا أفطر تاماذا عليهما وهذه المسئلة للعلماء فيها أربعة مذاهب ، أحدها انها يطعمان ولا قضاء عليهما وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس ، والقول الثاني انها يقضيان فقط ولا اطعام عليهما وهو مقابل الاول وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأبو عبيد وأبو ثور ، والثالث انها يقضيان ويطعمان وبه قال الشافعي ، والقول الرابع ان الحامل تقضى ولا تطعم والمرضع تقضى وتطعم * وسبب اختلافهم تردد شبههما بين الذي يحجبه الصوم وبين المريض فمن شبههما بالمريض قال عليهما القضاء فقط ومن شبههما بالذي يحجبه الصوم قال عليهما الاطعام فقط بدليل قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه

وأما من جمع عليهم إلا من يشبه أن يكون رأى فيها من كل واحد شهما فقال عليها التقضاء من جهة ما فيها من شبه المرض وعليها الندية من جهة ما فيها من شبه الذين يجهدون الصيام ويشبه أن يكون شهما بالنظر الصحيح نكح يضعف هذا فإن الصحيح لا يباح له النكاح ومن فرق بين الحامل والمرضع أخق الحامل بالمرض وأبقى حكم المرضع بموتها من حكم المرضع وحكم الذي يجوده الصوم أو شهما بالصحيح ومن أفرد لهما أحد الحكمين أولى والله أعلم من جمع كما أن من أفردهما بالقضاء أولى من أفردهما بالأطعام فقط لكون القراءة غير متواترة فتأمل هذا فإنه بين

وأما الشيخ الكبير والعجوز اللذان لا يقدران على الصيام فانهم أجمعوا على أن لهما أن يفطر أو يخلعوا فاعليهما إذا أفطر أو قال قوم عليهما وقال قوم ليس عليهما أطعام وبالأول قال الشافعي وأبو حنيفة وبالثاني قال مالك إلا أنه استحبه وأكثر من رأى الإطعام عليهما يقول مدأ عن كل يوم وقيل إن حنن حفنا كما كان انس يصنع أجزاء به وسبب اختلافهم اختلافهم في القراءة التي ذكرنا أعني قراءة من قرأ وعلى الذين يطوقونه فنوجب العمل بالقراءة التي لم تثبت في المصحف إذا وردت من طريق واحد العدول قال الشيخ منهم ومن لم يوجب بها عملا جعل حكمه حكم المرض الذي ينادى به المرض حتى يموت فهذه هي أحكام الصنف من الناس الذين يجوز لهم الفطر أعني أحكامهم المشهورة التي أكثرها منطوق به أولها تعلق بالمنطوق به في الصنف الذي يجوز له الفطر

وأما النظر في أحكام الصنف الذي لا يجوز له الفطر إذا أفطر فإن النظر في ذلك يتوجه إلى من يفطر بجماع وإلى من يفطر بغير جماع وإلى من يفطر بامر متفق عليه وإلى من يفطر بامر مختلف فيه أعني بشبهة أو بغير شبهة وكل واحد من هذين إما أن يكون على طريق السهو أو طريق العمد أو طريق الاختيار أو طريق الإكراه

أما من أفطر بجماع معتمد في رمضان فإن الجمهور على أن الواجب عليه القضاء والكنار لما ثبت من حديث أبي هريرة أنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلكت يا رسول الله قال وما أهلكك قال وقعت على امرأتى في رمضان قال هل تجد ما تعتق به رقية قال لا قال : فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين قال لا قال : فهل تجد ما تطعم به ستين مسكيناً قال لا ثم جلس فأتى النبي صلى الله عليه وسلم بفرق فيه ثم قال تصدق بهذا فقال أعتلى

أفتر مني فباين لا يتها أهل بيت أحوج اليه منا قال فضحك النبي صلى الله عليه وسلم حتى بدت أنيابهم ثم قال اذهب فأطعمه أهلك واختلفوا من ذلك في مواضع، منها هل الإفطار متعمداً بالآكل والشرب حكمه حكم الإفطار بالجماع في القضاء والكفارة أم لا، ومنها إذا جامع ساهياً ماذا عليه، ومنها ما إذا على المرأة إذا لم تكن مكرهة، ومنها هل الكفارة الواجبة فيه مترتبة أو على التخيير، ومنها كم المقدار الذي يجب أن يعطى كل مسكين إذا كفر بالطعام، ومنها هل الكفارة متكررة بتكرار الجماع أم لا، ومنها إذا لزمه الإفطار وكان معسراً هل يلزمه الإفطار إذا أرى أم لا. وشذوق فلم يوجبوا على المفطر عهد بالجماع إلا القضاء فقط أما لأنه لم يبلغهم هذا الحديث وأماله لم يكن إلا مرعزة في هذا الحديث لأنه لو كان عزيمة لوجب إذا لم يستطع الاعتاق أو الإفطار أن يصوم ولا بد إذا كان صحيحاً على ظاهر الحديث وأيضاً لو كان عزيمة لا علمه عليه السلام أنه إذا صح أنه يجب عليه الصيام أن لو كان مريضاً وكذلك شذوق أيضاً فقالوا ليس عليه إلا الكفارة فقط إذ ليس في الحديث ذكر القضاء والقضاء الواجب بالكتاب إنما هو لمن أفطر من يحوز له النظر أو ممن لا يحوز له الصوم على الاختلاف الذي قرناه قبل في ذلك فإما من أفطر متعمداً فليس في إيجاب القضاء عليه نص فيلحق في قضاء المتعمد الخلاف الذي لحق في قضاء تارك الصلاة عهداً حتى خرج وقتها إلا أن الخلاف في هاتين المسألتين شاد وأما الخلاف المشهور فهو في المسائل التي عددناها قبل

﴿اما المسئلة الاولى﴾ وهي هل تجب الكفارة بالإفطار بالآكل والشرب متعمداً أم لا؟ ما لكا وأصحابه وأباحنيفة وأصحابه والثوري وجماعة ذهبوا إلى أن من أفطر متعمداً بالآكل أو شرب أن عليه القضاء والكفارة المذكورة في هذا الحديث وذهب الشافعي وأحمد وأهل الظاهر إلى أن الكفارة إنما تلزم في الإفطار من الجماع فقط * والسبب في اختلافهم اختلافهم في جواز قياس المفطر بالآكل والشرب على المفطر بالجماع فمن رأى أن شبههما فيه واحد وهو انتهاك حرمة الصوم جعل حكمهما واحداً ومن رأى أنه وإن كانت الكفارة عتاً لانتهاك الحرمة فإنها أشد مناسبة للجماع منها لغيره وذلك أن العقاب المتصو به الردع والعقاب الآخر قد يوضع له إلى النفس أميل وهو لها أغلب من الجذبات وإن كانت الجزاءية متتاربة إذ كان المقصود من ذلك التزام الناس الشرائع وإن يكونوا خياراً عدولاً كما قال تعالى كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون قال هذه الكفارة المغالطة خاصة بالجماع وهذا إذا كان ممن يرى القياس وأما من لا يرى القياس فامر به بين أنه ليس بمعدى حكم

الاجماع الى الاكل والشرب وأما ما روى مالك في الموطان رجلان فطر في رمضان فأمر النبي عليه الصلاة والسلام بالكفارة لئلا يكثر الكورة فليس بحجة لان قول الراوى فانظر هو يشمل واجبال ليس له عموم فيؤخذ به لكن هذا قول على أن الراوى كان يرى أن الكفارة كانت لموضع الافطار ولولا ذلك لما عبر بهذا اللفظ ولذا ذكر النوع عن القمطر الذي افطر به

(وأما المسئلة الثانية) وهو اذا جامع ناسيا الصومه فان الشافعي وأبا حنيفة يقولان لا قضاء عليه ولا كفارة وقال مالك عليه القضاء دون الكفارة وقال أحمد وأهل الظاهر عليه القضاء والكفارة. وسبب اختلافهم في قضاء الناسي معارضة ظاهر الاثر في ذلك للقياس أما القياس فهو تشبيه ناسي الصوم بناسي الصلاة فمن شبهه بناسي الصلاة أوجب عليه القضاء كوجوبه بالنص على ناسي الصلاة: وأما الاثر المعارض بظاهره لهذا القياس فهو ما خرج به البخاري ومسلم عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فانما أطعمه الله وساءله وهذا الاثر يشهد له عموم قوله عليه الصلاة والسلام: رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ومن هذا الباب اختلافهم فيمن ظن أن الشمس قد غربت فافطرت ثم ظهرت الشمس بعد ذلك دل عليه قضاء أم لا وذلك أن هذا المخطيء والمخطيء والناسي حكمهما واحد فكيف ما قلنا فثاثير النسيان في اسقاط القضاء بين والله أعلم وذلك اننا ان الاصل هو أن لا يلزم الناسي قضاء حتى يدل الدليل على الزامه ويجب أن يكون النسيان لا يوجب القضاء في الصوم اذا دل دليله على ذلك بخلاف الامر في الصلاة وان قلنا ان الاصل هو ايجاب القضاء حتى يدل الدليل على رفعه عن الناسي فقد دل الدليل في حديث أبي هريرة على رفعه عن الناسي اللهم الا أن يقول قائل ان الدليل الذي استثنى ناسي الصوم من ناسي سائر العبادات التي رفع عن تاركها الحرج بالنص هو قياس الصوم على الصلاة لكن ايجاب القضاء بالقياس فيه ضعف وانما القضاء عند الاكثر واجب بأمر متجدد.

وأما من اوجب القضاء والكفارة على الجامع ناسيا فضعيف فان ثير النسيان في اسقاط العقوبات بين في الشرع والكفارة من أنواع العقوبات وانما أصارهم الى ذلك أخذهم بتجمل الصفة المنقولة في الحديث أعني من انه لم يذكر فيه انه فعل ذلك عمدا ولا نسيانا لكن من اوجب الكفارة على قاتل الصيد نسيانا لم يحفظ أصله في هذا مع أن النص انما جاء في المتعمد وقد كان يجب على اهل الظاهر أن يأخذوا بالمتفق عليه وهو ايجاب الكفارة على العائد

الى ان يدل الدليل على ايجابها على الناسى أو يأخذوا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام . رفع عن أمي الخطأ والنسيان حتى يدل الدليل على التخصيص ولكن كلا الفريقين لم يلزم أصله وليس في عمل ما نقل من حديث الاعرابي حجة ومن قال من أهل الأصول ان ترك التخصيص في اختلاف الأحوال من الشارع بمنزلة العموم في الأقوال فضعيف فان الشارع لم يحكم قط الا على متصل وانما الاجمال في حقتا .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهو اختلاف فهم في وجوب الكفارة على المرأة اذا طأ وعته على الجماع فان أبا حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه أوجبوا عليها الكفارة وقال الشافعي وداود لا كفارة علمها * وسبب اختلاف فهم معارضة ظاهر الاثر للقياس وذلك انه عليه الصلاة والسلام لم يأمر المرأة في الحديث بكفارة والقياس انها مثل الرجل اذ كان كلاهما مكفرا .

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهي هل هذه الكفارة مرتبة ككفارة الظهار او على التخيير وأعني بالترتيب أن لا ينقل المكف الى واحد من الواجبات المخيرة الا بعد العجز عن الذي قبله وبالتخيير ان يفعل منها ما شاء ابتداء من غير عجز عن الآخر فانهم أيضا اختلفوا في ذلك فقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وسائر الكوفيين هي مرتبة فالعق أولا فان لم يجد فالصيام فان لم يستطع فلا طعام وقال مالك هي على التخيير وروى عنه ابن القاسم مع ذلك انه يستحب الاطعام أكثر من العتق ومن الصيام * وسبب اختلاف فهم في وجوب الترتيب تعارض ظواهر الآثار في ذلك والاقيسة وذلك ان ظاهر حديث الاعرابي المتقدم يوجب انها على الترتيب اذ سأله النبي عليه الصلاة والسلام عن الاستطاعة عليها مرتبا وظاهر ما رواه مالك من ان رجلا أفطر في رمضان فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتق رقبة أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكينا انها على التخيير اذا وانما يقتضي في لسان العرب التخيير وان كان ذلك من لفظ الراوي صاحب اذ كانوا هم اقعد منهموم الاحوال ودلالات الاقوال

وأما الاقيسة المعارضة في ذلك فتشبهها بآثار كفارة الظهار وآثار كفارة اليمين لكنها أشبه بكفارة الظهار منها بكفارة اليمين وأخذ الترتيب من حكاية لفظ الراوي وأما استحباب مالك الابتداء بالطعام فخالف لظواهر الآثار وانما ذهب الى هذا من طريق القياس لانه رأى الصيام قد وقع بدله الاطعام في مواضع شتى من الشرع وانه مناسب له أكثر من غيره بدليل قرأه من قرأ على الذين يطيقونه فدية طعام مساكين ولذلك استحسب

هو وجاعته من العمل على مات وعليه صوم أن يكفر بالأطعام منه وهذا كانه من باب ترجيح
القياس الذي تشبهه الاصول على الاثر الذي لا تشبهه الاصول .

وأما المسئلة الخامسة : وهراختلافهم في مقدار الاطعام فإن مالكا والشافعي
وأصحابهما قالوا يصم لكل مسكين مسداتني صلى الله عليه وسلم وقال أبو حنيفة وأصحابه
لا يجزئ أقل من مدين عند النبي صلى الله عليه وسلم وذلك نصف صاع لكل مسكين والسبب
اختلافهم معارضة القياس لا لأثر القياس فتشبيه هذه التقديرة بندية الاذى المنصوص عليها
وأما الأثر فأرى في بعض طرق حديث الكفارة أن الترقى كن فيه خمسة عشر صاعا لكن
ليس يدل كونه فيه خمسة عشر صاعا على الواجب من ذلك لكل مسكين الا لدلالة ضعيفة وانما
يدل على أن بدل الصيام في هذه الكفارة هو هذا القدر .

وأما المسئلة السادسة : وهي تكرار الكفارة بتكرار الاطعام فاتهم أجمعوا على أن من
وضى في رمضان ثم كفر ثم وضى في يوم آخر أن عليه كفارة أخرى وأجمعوا على أن من
وضى ثم رافى يوم واحد ليس عليه الا كفارة واحدة واختلافهم وضى في يوم من
رمضان ولم يكفر حتى وضى في يوم ثان فقتل مالك والشافعي وجاعدة عليه لكل يوم كفارة
وقال أبو حنيفة وأصحابه عليه كفارة واحدة ما لم يكفر عن الجماع الاول والسبب في اختلافهم
تشبيه الكفارات بالحدود فن شبه بها بالحدود قال كفارة واحدة تجزئ في ذلك عن
افعال كثيرة كما يلزم الزاني جلد واحد وان زنى ألف مرة اذا لم يجد لواحد منها ومن شبهها
بالحدود جعل لكل واحد من الايام حكم منفردا بنفسه في هتن الصوم فيه أو جب في كل يوم
كفارة لو اؤا الترقى بينهما أن الكفارة فيها نوع من القربة واخذود زجر محض .

وأما المسئلة السابعة : وهي هل يجب عليه الاطعام اذا أيسر وكان معسر في وقت
الوجوب فإن الاو زاعى قل لا شيء عليه ان كان معسرا وأما الشافعي فتردد في ذلك والسبب
في اختلافهم في ذلك انه حكم مسكوت عنه فيحتمل أن يشبه بالثبوت فيعود الوجوب عليه في
وقت الاتراء ويحتمل أن يقال لو كان ذلك واجبا عليه لينته له عليه الصلاة والسلام فهداه أحكام
من أفطر متعمدا في رمضان مما أجمع على أنه منظر

وأما من أفطر مذهب مختلف فيه فن بعض من أوجب فيه انقطار أوجب فيه القضاء والكفارة
وبعضهم أوجب فيه القضاء فقط مثل من رأى القطر من الحجمة ومن الاستثناء ومن بلغ
الحصاة ومثل المسافر ينظر أول يوم يخرج عنه من يرى أنه ليس له أن يطر في ذلك اليوم فن

مالكا أوجب فيه القضاء والكفارة وخالفه في ذلك سائر فقهاء الامصار وجمهور أصحابه وأما من أوجب القضاء والكفارة من الاستثناء فأبو ثور والاوزاعي وسائر من يرى ان الاستثناء مفطر لا يوجبون الا القضاء فقط والذي أوجب القضاء والكفارة في الاحتجام من القائلين بأن الحجامة تنظر هو عطاء وحده * وسبب هذا الخلاف ان المفطر بشئ فيه اختلاف فيه شبه من غير المفطر ومن المفطر فن غلب أحد الشبهين أوجب له ذلك الحكم وهذا ان الشبهان الموجودان فيه هما اللذان أوجبا فيه الخلاف أعني هل هو مفطر أو غير مفطر ولكون الافطار شبهة لا يوجب الكفارة عند الجمهور وانما يوجب القضاء فقط نزاع أبو حنيفة الى أنه من افطر معتمداً للفطر ثم طرأ عليه في ذلك اليوم سبب مبيح للفطر ان لا كفارة عليه كالمرأة تفطر عمداً ثم تحيض باقي النهار وكالصحيح يفطر عمداً ثم يمرض والحاضر يفطر ثم يسافر فمن اعتبر الامر في نفسه اعني انه مفطر في يوم جازله الافطار فيه لم يوجب عليهم كفارة وذلك ان كل واحد من هؤلاء قد كشف له الغيب انه افطر في يوم جازله الافطار فيه ومن اعتبر الاستهانة بالشرع أوجب عليه الكفارة لانه حين افطر لم يكن عنده علم بالاباحة وهو مذهب مالك والشافعي ومن هذا الباب ايجاب مالك القضاء فقط على من اكل وهو شاك في التجرد واجبا به القضاء والكفارة على من اكل وهو شاك في الغروب على ما تقدم من الفرق بينهما واتفق الجمهور على انه ليس في الفطر عمد في قضاء رمضان كفارة لانه ليس له حربة زمان الاداء اعني رمضان الاقتادة فانه أوجب عليه القضاء والكفارة وروى عن ابن القاسم وابن وهب أن عليه يومين قياساً على الحج الفاسد وأجمعوا على أن من سنن الصوم تأخير السحور وتعجيل الفطر لقوله عليه الصلاة والسلام: لا يزال الناس بخير ما عجلوا الفطر وأخروا السحور وقال تسحروا فان في السحور بركة وقال عليه الصلاة والسلام: فصل ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكلة السحر وكذلك جمهورهم على أن من سنن الصوم وممرغباته كف اللسان عن الرفث والختا: لقوله عليه الصلاة والسلام انما الصوم جنة فاذا أصبح أحدكم صائماً فلا يرفث ولا يجهل فان امرؤ شاتم فليقل اني صائم وذهب أهل الظاهر الى ان الرفث يفطر وهو شاذ فهذه مشهورات ما يتعلق بالصوم المقر وض من المسائل وبقى القول في الصوم المندوب اليه وهو القسم الثاني من هذا الكتاب

﴿ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴾

﴿ كتاب الصيام الثاني وهو المندوب اليه ﴾

والنظر في الصيام المندوب اليه هو في تلك الأركان الثلاثة وفي حكم الإفطار فيه فأما الأيام التي يقع فيها الصوم المندوب اليه وهو الركن الأول فانها على ثلاثة أقسام أيام مرغب فيها وأيام منهي عنها وأيام مسكوت عنها ومن هذه ما هو مختلف فيه ومنها ما هو متفق عليه

أما المرغب فيه المتفق عليه فصيام يوم عاشوراء وأما المختلف فيه فصيام يوم عرفة وست من شوال والغرم من كل شهر وهي الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر أما صيام يوم عاشوراء فلانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : صامه وأمر بصيامه وقال فيه من كان أصبح صائماً فليتم صومه ومن كان أصبح مفطراً فليتم بقية يومه واختلفوا فيه هل هو التاسع أو العاشر * والسبب في ذلك اختلاف الأئمة خرج مسلم عن ابن عباس قال إذا رأيت هلال الحرم فاعدوا أصبح يوم التاسع صائماً قلت هكذا كان محمد صلى الله عليه وسلم يصومه قال نعم وروى أنه حين صام رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عاشوراء وأمر بصيامه قالوا يا رسول الله انه يوم يعظمه اليهود والنصارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا كان العام المقبل ان شاء الله صمنا اليوم التاسع قال فلم يأت العام المقبل حتى توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم

وأما اختلافهم في يوم عرفة فلان النبي عليه الصلاة والسلام : أفطر يوم عرفة وقال فيه صيام يوم عرفة يكفر السنة الماضية والآتية ولذلك اختلف الناس في ذلك واختار الشافعي النظر فيه للحاج وصيامه لغير الحاج جميعاً بين الأئمة وخروج أبوداود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نبى عن صيام يوم عرفة بعرفة وأما الست من شوال فانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من صام رمضان ثم اتبعه ستاً من شوال كان كصيام الدهر الا ان مالكا ذكره ذلك إما مخافة أن يلحق الناس برمضان ما ليس من رمضان وإما لانه لعلمه بما بلغه الحديث أو لم يصح عنده وهو الاظهر وكذلك كره مالك تحريم صيام الغرم مع ما جاء فيها من الاثر مخافة أن يظن الجهال بها انها واجبة وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان : يصوم من كل شهر ثلاثة أيام غير معينة وأنه قال لعبد الله بن عمرو بن العاص لما أكره الصيام أما يكفيك من كل شهر ثلاثة أيام قال فقلت يا رسول الله إني أطيعك أكثر من ذلك قال خمساً قلت يا رسول الله إني أطيعك أكثر من

ذلك قال سبعة قلت يا رسول الله انى اطيق أكثر من ذلك قال تسعاً قلت يا رسول الله انى أطيق أكثر من ذلك قال أحد عشر قلت يا رسول الله انى اطيق أكثر من ذلك فقال عليه الصلاة والسلام: لا صوم فوق صيام داود شطر الدهر صيام يوم وإفطار يوم وخرج أبو داود انه كان يصوم يوم الاثنين ويوم الخميس وثبت انه لم يستتم قط شهراً بالصيام غير رمضان وان أكثر صيامه كان في شعبان

وأما الايام المنهى عنها فمنها أيضاً متفق عليها ومنها مختلف فيها أما المتفق عليها فيوم الفطر ويوم الاضحى لثبوت النهى عن صيامهما وأما المختلف فيها فأيام التشريق ويوم الشك ويوم الجمعة ويوم السبت والنصف الآخر من شعبان وصيام الدهر أما أيام التشريق فان أهل الظاهر لم يجزوا الصوم فيها وقوم أجازوا ذلك فيها وقوم كرهوه وبه قال مالك الا انه اجاز صيامها لمن وجب عليه الصوم في الحج وهو المتفق وهذه الايام هي الثلاثة الايام التي بعد يوم النحر * والسبب في اختلافهم تردد قوله عليه الصلاة والسلام: في انها أيام أكل وشرب بين أن يحمل على الوجوب او على الندب فن حمله على الوجوب قال الصوم يحرم ومن حمله على الندب قال الصوم مكروه ويشبه أن يكون من حمله على الندب انما صار الى ذلك وغلبه على الاصل الذى هو حمله على الوجوب لانه رأى انه ان حمله على الوجوب عارضه حديث أبى سعيد الخدرى الثابت بدليل الخطاب وهو انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: لا يصح الصيام في يومين يوم الفطر من رمضان ويوم النحر فدل الخطاب يقتضى ان ما عدا هذين اليومين يصح الصيام فيه والا كان تخصيصهما عبثاً لا فائدة فيه وأما يوم الجمعة فان قوماً لم يكرهوا صيامه ومن هؤلاء مالك وأصحابه وجماعة وقوم كرهوا صيامه الا أن يصام قبله أو بعده * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك فمنها حديث ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصوم ثلاثة أيام من كل شهر قال وما رأيته يفطر يوم الجمعة وهو حديث صحيح، ومنها حديث جابر ان سائلاً سأل جابراً أسمعتم رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يفرد يوم الجمعة بصوم قال نعم ورب هذا البيت خرجه مسلم، ومنها حديث أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا يصوم أحدكم يوم الجمعة الا أن يصوم قبله أو يصوم بعده خرجه أيضاً مسلم فن أخذ بظاهر حديث ابن مسعود أجاز صيام يوم الجمعة مطلقاً ومن أخذ بظاهر حديث جابر كرهه مطلقاً ومن أخذ بحديث أبى هريرة جمع بين الحديثين أعنى حديث جابر وحديث ابن مسعود

وأما يوم الشك فإن جمهور العلماء على النهي عن صيام يوم الشك على أنه من رمضان لقواهر الأحاديث التي يوجب مفهومها تعاقب الصوم بالرقية أو بإكمال العدد إلا ما حكيناه عن ابن عمر واختلنوا في تحريم صيامه تطرعا فمنهم من كرهه على ظاهر حديث عمار بن صام يوم الشك قد عصى أبا القاسم ومن أجازوه فلا نه قد روى أنه عليه السلام: صام شعبان كله ولما قدر روى من أنه عليه السلام قال: لا تنتقدوا رمضان بيوم ولا بيومين إلا أن يوافق ذلك صوما كان يصومه أحدكم فليصمه وكان الليث بن سعد يقول أنه إن صامه على أنه من رمضان ثم جاء الثبوت أنه من رمضان أجزأه وهذا دليل على أن النية تقع بعد التجزئ في التحول من نية التطوع إلى نية الفرض

وأما يوم السبت * فالسبب في اختلافهم فيه اختلافهم في تصحيح ما روى من أنه عليه السلام قال: لا تصوموا يوم السبت إلا فيما افترض عليكم خرج أبو داود والحاوي الحديث منسوخ نسخة حديث جويرية بنت الحرث أن النبي عليه السلام: دخل عليها يوم الجمعة وهي صائمة فقال صمت أمس فقالت لا فقال تريد أن تصومي غداً قالت لا قال فافطري وأما صيام الدهر فإنه قد ثبت النهي عن ذلك لكن مالك لم يرب ذلك بأساً وعسى رأى النهي في ذلك إنما هو من باب خوف الضعف والمرض

وأما صيام النصف الآخر من شعبان فإن قوما كرهوه وقوما أجازوه فن كرهوه فلما روى من أنه عليه السلام: قال لا صوم بعد النصف من شعبان حتى رمضان ومن أجازوه فلما روى عن أم سلمة، قالت ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صام شهرين متتابعين إلا شعبان ورمضان ولما روى عن ابن عمر قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم: يقرن شعبان بربحان وهذه الآثار خرجها الطحاوي

وأما الركن الثاني وهو النية فلا أعلم أن أحداً لم يشترط النية في صوم التطوع وإنما اختلفوا في وقت النية على ما تقدم

وأما الركن الثالث وهو الامساك عن المفطرات فهو بعينه الامساك الواجب في الصوم المفروض والاختلاف الذي هنالك لاحق ههنا

وأما حكم الإفطار في التطوع فاتهم أجمعوا على أنه ليس على من دخل في صيام تطوع فقطعه أعذر قضاء واختلنوا إذا قطعه لغير عذر عايداً فأوجب مالك وأبو حنيفة عليه القضاء وقال الشافعي وجماعة ليس عليه قضاء * والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار في ذلك

وذلك ان مالكا روى ان حفصة وعائشة زوجي النبي عليه الصلاة والسلام أصبحتا صائمتين متطوعتين فاهدى لها طعام فأفطرنا عليه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقضيا يوما مكانه وعارض هذا حديث ام هانئ قالت لما كان يوم الفتح فتح مكة جاءت فاطمة فجلست عن يسار رسول الله صلى الله عليه وسلم وام هانئ عن يمينه قالت فجاءت الوليدة باناء فيه شراب فناواته فشرب منه ثم ناولته ام هانئ فشربت منه قالت يا رسول الله لقد افطرت وكنت صائمة فقال لها عليه السلام اكنت تقضين شيئا قالت لا قال فلا بضررك ان كان تطوعا واحتج الشافعي في هذا المعنى بحديث عائشة انها قالت دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم: فقلت انا خبأت لك خبأ فقال اما اني كنت اريد الصيام ولكن قريبه وحديث عائشة وحفصة غير مسند ولا خلا فهم ايضا في هذه المسئلة سبب آخر وهو تردد الصوم التطوع بين قياسه على صلاة التطوع او على حج التطوع وذلك انهم اجمعوا على ان من دخل في الحج والعمره متطوعا يخرج منها ان عليه القضاء واجمعوا على ان من خرج من صلاة التطوع فليس عليه قضاء فيما علمت وزعم من قاس الصوم على الصلاة انه اشبهه بالصلاة منه بالحج لان الحج له حكم خاص في هذا المعنى وهو انه يلزم المنسدد له المسير فيه الى آخره واذا افطر في التطوع ناسيا فالجهور على ان لا قضاء عليه وقال ابن عليه عليه القضاء قياساً على الحج ولعل مالكا حمل حديث ام هانئ على النسيان وحديث ام هانئ أخرجه أبو داود وكذلك خرج حديث عائشة بقرين من اللفظ الذي ذكرناه وخرج حديث عائشة وحفصة بعينه .



(بسم الله الرحمن الرحيم)

كتاب الاعتكاف

والاعتكاف مندوب اليه بالشرع واجب بالنذر ولا خلاف في ذلك الا ما روى عن مالك انه كره الدخول فيه مخافة أن لا يوفى شرطه وهو في رمضان اكثر منه في غيره وبخاصة في العشر الاواخر منه اذ كان ذلك هو آخر اعتكافه صلى الله عليه وسلم وهو بالجملة يشتمل على عمل مخصوص في موضع مخصوص وفي زمان مخصوص بشرط مخصوص وتروك مخصوصة فاما العمل الذي يخصه ففقيه قولان قيل انه الصلاة وذكر الله وقراءة القرآن لا غير ذلك من أعمال البر والقرب وهو مذهب ابن القاسم وقيل جميع أعمال القرب والبر المختصة بالآخرة وهو مذهب ابن وهب فعلى هذا المذهب يشهد الجنائز ويعود المرضى ويدرس العلم وعلى المذهب الاول لا وهذا هو مذهب الثوري والاول هو مذهب الشافعي وأبي حنيفة * وسبب اختلافهم أن ذلك شئ مسكوت عنه أعنى أنه ليس فيه حدمشروع بالقول فمن فهم من الاعتكاف حبس النفس على الأفعال المختصة بالمساجد قال لا يجوز للمعتكف إلا الصلاة والقراءة ومن فهم منه حبس النفس على القرب الاخر وية كلها أجاز له غير ذلك مما ذكرناه وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال من اعتكف لا يرفث ولا يساب وليشهد الجمعة والجماعة ويوصى أهله إذا كانت له حاجة وهو قائم ولا يجلس ذكره عبد الرزاق وروى عن عائشة خلاف هذا وهو أن السنة للمعتكف أن لا يشهد جنازة ولا يعرد مرئياً وهذا أيضاً أحداً أو جب الاختلاف في هذا المعنى

وأما المواضع التي فيها يكون الاعتكاف فانهم اختلفوا فيها فقال قوم لا اعتكاف إلا في المساجد الثلاثة بيت الله الحرام وبيت المقدس ومسجد النبي عليه السلام وبقال حذيفة وسعيد بن المسيب وقال آخرون الاعتكاف عام في كل مسجد وبقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وهو مشهور مذهب مالك وقال آخرون لا اعتكاف إلا في مسجد فيه جمعة وهي رواية ابن عبد الحكم عن مالك واجمع الكل على أن من شرط الاعتكاف المسجد الا ما ذهب اليه ابن لبابة من أنه يصح في غير مسجد وان مباشرة النساء إنما حرمت على المعتكف اذا اعتكف في المسجد والا ما ذهب اليه أبو حنيفة من أن المرأة إنما تعتكف في مسجد ينهها * وسبب اختلافهم في

اشتراط المسجد وترك اشتراطه هو الاحتمال الذي في قوله تعالى ولا تبشروهن وانتم
عاكفون في المساجد بين ان يكون له دليل خطاب ام لا يكون له فن قال له دليل خطاب قال
لا اعتكاف الا في مسجد وان من شرط الاعتكاف ترك المباشرة ومن قال ليس له دليل
خطاب قال المفهوم منه ان الاعتكاف جائز في غير المسجد وانه لا يمنع المباشرة لان قائله
لو قال لا تعط فلانا شيئاً اذا كان داخلاً في الدار لكان مفهوم دليل الخطاب يوجب
ان يعطيه اذ كان خارج الدار ولكن هو قول شاذ والجمهور على ان العكوف اما
أضيف الى المساجد لانها من شرطه * وأما سبب اختلافهم في تخصيص بعض المساجد
أو تعميمها فعارضه العموم للقياس المخصص له فن رجح العموم قال في كل مسجد على ظاهر
الآية ومن اتقده له تخصيص بعض المساجد من ذلك العموم قياساً اشتراط أن يكون
مسجد أهله جماعة لئلا ينقطع عمل المعتكف بالخروج الى الجمعة أو مسجد اتشد اليه المطى مثل
مسجد النبي صلى الله عليه وسلم الذي وقع فيه اعتكافه ولم يقس سائر المساجد عليه اذ كانت
غير مساوية له في الحرمة * وأما سبب اختلافهم في اعتكاف المرأة فعارضه القياس أيضاً
للآثر وذلك انه ثبت ان حفصة وعائشة وزينب أزواج النبي صلى الله عليه وسلم استأذن
رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاعتكاف في المسجد فاذن لهن حين ضربن أخبثتين فيه
فكان هذا الاثر دليلاً على جواز اعتكاف المرأة في المسجد وأما القياس المعارض لهذا فهو
قياس الاعتكاف على الصلاة وذلك انه لما كانت صلاة المرأة في بيتها أفضل منها في المسجد
على ما جاء الخبر وجب أن يكون الاعتكاف في بيتها أفضل قالوا وانما يجوز للمرأة أن تعتكف
في المسجد مع زوجها فقط على نحو ما جاء في الاثر من اعتكاف أزواجه عليه الصلاة والسلام
معه كما تسافر معه ولا تسافر مرددة وكأنه نحو من الجمع بين القياس والآخر وأما زمان الاعتكاف
فليس لاكثره عندهم حد واجب وان كان كلهم يختار العشر الاوخر من رمضان بل يجوز
الدهر كله اماماً مطلقاً عندهم لا يرى الصوم من شروطه وأما ما عدا الايام التي لا يجوز صومها
عندهم من الصوم من شروطه وأما أقله فاتهم اختلفوا فيه وكذلك اختلفوا في الوقت الذي
يدخل فيه المعتكف لا اعتكافه وفي الوقت الذي يخرج فيه منه اما أقل زمان الاعتكاف
فعند الشافعي وأبي حنيفة وأبي القاسم عنه أكثر الفقهاء انه لا حد له واختلف عن مالك في ذلك فقتيل ثلاثة
أيام وقيل يوم وليلة وقال ابن القاسم عنه أقله عشرة أيام وعند البغداديين من احبابه ان العشرة
استجاب وان أقله يوم وليلة * والسبب في اختلافهم معارضة القياس للآثر اما القياس فانه

من اعتقد ان من شرطه الصوم قال لا يجوز اعتكاف ليلة واذا لم يجز اعتكافه ليلة فلا أقل من يوم وليلة اذا اعتقاد صوم النهار انما يكون بالليل وأما الاثر المعارض فإخراجه البخارى من ان عمر رضى الله عنه نذر ان يعتكف ليلة فمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفي بنذره ولا معنى للنظر مع الثابت من هذا الاثر وأما اختلافهم فى الوقت الذى يدخل فيه المعتكف الى اعتكافه اذا نذر اياما معدودة أو يوما واحدا فن مالك والشافعى وأبو حنيفة اتفقوا على انه من نذر اعتكاف شهرانه يدخل المسجد قبل غروب الشمس وأما من نذر ان يعتكف يوما فان الشافعى قال من أراد أن يعتكف يوما واحدا دخل قبل طلوع الفجر وخرج بعد غروبها وأما مالك فتولاه فى اليوم والشهر واحد بعينه وقال زفر والليث يدخل قبل طلوع الفجر واليوم والشهر عندهما سواء وفرق أبو ثور بين نذر الليالى والايام فقال اذا نذر أن يعتكف عشرة أيام دخل قبل طلوع الفجر واذا نذر عشر ليال دخل قبل غروبها وقال الإوزاعى يدخل فى اعتكافه بعد صلاة الصبح والسبب فى اختلافهم معارضة الاقيسة بعضها ببعض ومعارضة الاثر لجمعها وذلك انه من رأى ان أول الشهر ليلة واعتبر الليالى قال يدخل قبل مغيب الشمس ومن لم يعتبر الليالى قال يدخل قبل الفجر ومن رأى ان اسم اليوم يقع على الليل والنهار معا أوجب من نذر يوما أن يدخل قبل غروب الشمس ومن رأى انه انما ينطق على النهار أوجب الدخول قبل طلوع الفجر ومن رأى ان اسم اليوم خاص بالنهار واسم الليل بالليل فرق بين أن ينذر اياما او ليالى والحق ان اسم اليوم فى كلام العرب قد يقال على النهار مفردا وقد يقال على الليل والنهار معا لكن يشبه أن يكون دلالة الاولى انما هى على النهار ودلالية على الليل بطريق اللزوم وأما الاثر المخالف لهذه الاقيسة كلها فهو ما أخرجه البخارى وغيره من أهل الصحيح عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتكف فى رمضان واذا صلى العداة دخل مكانه الذى كان يعتكف فيه وأما وقت خروجه فان مالكا رأى ان يخرج المعتكف العشر الاوخر من رمضان من المسجد الى صلاة العيد على جهة الاستحباب وانه ان خرج بعد غروب الشمس أجزأه وقال الشافعى وأبو حنيفة بل يخرج بعد غروب الشمس وقال سحنون وابن الماجشون ان رجعا الى بيته قبل صلاة العيد فسد اعتكافه وسبب الاختلاف هل الليلة الباقية هى من حكم العشر أم لا وأما شرطه ثلث النية والصيام وترك مباشرة النساء اما النية فلا أعلم فيها اختلافا وأما الصيام فانهم اختلفوا فيه فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة الى انه لا اعتكاف الا بالصوم وقال الشافعى الاعتكاف جائز بغير صوم

و يقول مالك قال من الصحابة ابن عمر وابن عباس على خلاف عند في ذلك و يقول الشافعي قال على وابن مسعود . والسبب في اختلافهم ان اعتكاف رسول الله صلى الله عليه وسلم انما وقع في رمضان فمن رأى ان الصوم المقترب باعتكافه هو شرط في الاعتكاف وان لم يكن الصوم للاعتكاف نفسه قال لا بد من الصوم مع الاعتكاف ومن رأى انه انما اتفق ذلك اتفاقا لا على ان ذلك كان مقصودا له عليه الصلاة والسلام في الاعتكاف قال ليس الصوم من شرطه ولذلك أيضا سبب آخر وهو اقترانه مع الصوم في آية واحدة وقد احتج الشافعي بحديث عمر المتقدم ودوانه أمره عليه الصلاة والسلام ان يعتكف ليلة والليل ليس بمحل للصيام واحتجت المالكية بما روى عبد الرحمن بن اسحاق عن عروة عن عائشة انها قالت السنة للمعتكف أن لا يعود مريضاً ولا يشهد جنازة ولا يمسه امرأة ولا يبشرها ولا يخرج الا الى ما لا بد له منه ولا اعتكاف الا بصوم ولا اعتكاف الا في مسجد جامع قال أبو عمر بن عبد البر لم يقل أحد في حديث عائشة هذا السنة الا عبد الرحمن بن اسحاق ولا يصح هذا الكلام عندهم الا من قول الزهري وان كان الامر هكذا بطل أن يجري مجرى المسند وأما الشرط الثالث وهي المباشرة فانهم أجمعوا على ان المعتكف اذا جامع عامدا بطل اعتكافه الا ما روى عن ابن لبابة في غير المسجد واختلفوا فيه اذا جامع ناسيا واختلفوا أيضا في فساد الاعتكاف بما دون الجماع من القبلة واللمس فرأى مالك ان جميع ذلك يفسد الاعتكاف وقال أبو حنيفة ليس في المباشرة فساد الا أن ينزل وللشافعي قولان ، أحدهما مثل قول مالك ، والثاني مثل قول أبي حنيفة . وسبب اختلافهم هل الاسم المتردد بين الحقيقة والحال له عموم ام لا وهو أحد انواع الاسم المشترك فن ذهب الى ان له عموما قال ان المباشرة في قوله تعالى ولا تبشر وهن وأنتم عاكفون في المساجد ينطلق على الجماع وعلى ما دونه ومن لم ير له عموما وهو الا شهير الا كثر قال يدل اما على الجماع واما على ما دون الجماع فادق انه يدل على الجماع ما جامع بطل أن يدل على غير الجماع لان الاسم الواحد لا يدل على الحقيقة والحال معا ومن أجرى الانزال بمنزله الواقع فلا نه في معناه ومن خالف فلا نه لا ينطلق عليه الاسم حقيقة واختلفوا فيما يجب على الجماع فقال الجمهور لا شيء عليه وقال قوم عليه كفارة فبعضهم قال كفارة الجماع في رمضان وبه قال الحسن وقال قوم يتصدق بدينارين وبه قال محاهد وقال قوم يعتق رقبة فان لم يجد احدى بدنة فان لم يجد تصدق بعشرين صاعا من تمر وأصل الخلاف هل يجوز القياس في الكفارة أم لا والاظهر انه لا يجوز واختلفوا في مطلق النذر بالا اعتكاف هل من شرطه

التتابع أم لا فقال مالك وأبو حنيفة ذلك من شرطه وقال الشافعي ليس من شرطه ذلك
 والسبب في اختلافهم قياسه على نذر الصوم المطلق
 وأما موانع الاعتكاف فتقتو على أنها ماعدا الأفعال التي هي أعمال المعتكف وإنه لا يجوز
 للمعتكف الخروج من المسجد إلا لحاجة الإنسان أو ما هو في معناها مما تدعو إليه الضرورة
 لما ثبت من حديث عائشة أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا اعتكف يدني
 إلى رأسه وهو في المسجد فأرجله وكان لا يدخل البيت إلا لحاجة الإنسان واختلفوا إذا خرج
 لغير حاجة متى ينقطع اعتكافه فقال الشافعي ينتقض اعتكافه عند أول خروجه وبعضهم
 رخص في الساعة وبعضهم في اليوم واختلفوا هل إذا دخل بيتاً غير بيت مسجده فخرج
 فيه بعضهم وهم إلا أكثر مالك والشافعي وأبو حنيفة ورأى بعضهم أن ذلك يبطل اعتكافه
 وأجاز مالك له البيع والشراء وإن بلى عقد النكاح وخالفه غيره في ذلك * وسبب اختلافهم أنه
 ليس في ذلك حكم منصوص عليه إلا الاجتهاد وتشبيه ما لم يتفقوا عليه بما اتفقوا عليه واختلفوا
 أيضاً هل للمعتكف أن يشترط فعل شيء مما يمنعه الاعتكاف فينبغه شرطه في الإباحة أم
 ليس ينبغه ذلك مثل أن يشترط شهود جنازة أو غير ذلك فأكثروا الفقهاء على أن شرطه لا ينبغه
 وإنه إن فعل بطل اعتكافه وقال الشافعي ينبغه شرطه * والسبب في اختلافهم تشبيههم
 الاعتكاف بالحج في أن كليهما عبادة مانعة لكثير من المباحات والاشتراط في الحج انحصار
 إليه من رآه لحديث ضباعة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لها : أهلي بالحج واشترطي أن
 تحلي حيث حبستى لكن هذا الأصل مختلف فيه في الحج فالقياس عليه ضعيف عند الخصم
 المخالف له واختلفوا إذا اشترط التابع في النذر أو كان التابع لازماً فطاق النذر عند من يرى
 ذلك ما هي الأشياء التي إذا قطعت الاعتكاف أوجب الاستئذان أو البناء مثل المرض فإن
 منهم من قال إذا قطع المرض الاعتكاف بنى المعتكف وهو قول مالك وأبي حنيفة والشافعي
 ومنهم من قال يستأنف الاعتكاف وهو قول الثوري ولا خلاف فيما أحسب عندهم أن
 الخائض تبني واختلفوا هل يخرج من المسجد أم ليس يخرج وكذلك اختلفوا إذا جن
 المعتكف أو اغشى عليه هل يبني أو ليس يبني بل يستقبل * والسبب في اختلافهم في هذا
 الباب أنه ليس في هذه الأشياء شيء محدد من قبل السمع فيقع التنازع من قبل تشبيههم
 ما اتفقوا عليه بما اختلفوا فيه أعني بما اتفقوا عليه في هذه العبادة أو في العبادات التي من شرطها
 التابع مثل صوم الظهار وغيره والجمهور على أن اعتكاف المتطوع إذا قطع لغير عذر أنه يجب

فيه القضاء لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: أراد أن يعتكف العشر الاواخر من رمضان فلم يعتكف فاعتكف عشرين شوال
واما الواجب بالنذر فلا خلاف في قضائه فيما أحسب والجمهور على أن من أتى كبيرة انقطع اعتكافه فيه جملة ما رأينا أن ثبته في اصول هذا الباب وقواعده والله الموفق والمعين
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليما.

﴿ كتاب الزكاة ﴾

والكلام المحيط بهذه العبادة بعد معرفة وجوبها ينحصر في خمس جمل ، الجملة الاولى في معرفة من تجب عليه ، الثانية في معرفة ما تجب فيه من الاموال ، الثالثة في معرفة كم تجب ومن كم تجب ، الرابعة في معرفة متى تجب ومتى لا تجب ، الخامسة معرفة لمن تجب وكم يجب له فاما معرفة وجوبها فعلوم من الكتاب والسنة والاجماع ولا خلاف في ذلك

﴿ الجملة الاولى ﴾ وأما على من تجب فانهم اتفقوا انها على كل مسلم حر بالغ عاقل مالك النصاب ملكا تاما واختلفوا في وجوبها على اليتيم والمجنون والعبيد وأهل الذمة والناقص الملك مثل الذي عليه الدين أو له الدين ومثل المال المحبس الاصل فاما الصغار فان قوم اقالوا تجب الزكاة في أموالهم وبه قال علي وابن عمر وجابر وعائشة من الصحابة ومالك والشافعي والثوري وأحمد واسحاق وأبو ثور وغيرهم من فقهاء المصنف وقال قوم ليس في مال اليتيم صدقة أصلا وبه قال النخعي والحسن وسعيد بن جبير من التابعين وفرق قوم بين ما تخرج الارض وبين ما لا تخرجه فقالوا عليه الزكاة فيما تخرجه الارض وليس عليه زكاة فيما عدا ذلك من الماشية والناض والعروض وغير ذلك وهو أبو حنيفة وأصحابه وفرق آخرون بين الناض وغيره فقالوا عليه الزكاة الا في الناض * وسبب اختلافهم في إيجاب الزكاة عليه أولا إيجابها هو اختلافهم في مفهوم الزكاة الشرعية هل هي عبادة كالصلاة والصيام أم هي حق واجب للفقراء على الأغنياء فمن قال انها عبادة اشترط فيها البلوغ ومن قال انها حق واجب للفقراء والمساكين في أموال الأغنياء لم يعتبر في ذلك بلوغا من غيره

وأما من فرق بين ما تخرجه الارض أولا تخرجه وبين الخفي والظاهر فلا أعلم له مستند في هذا الوقت

وأما أهل الزمة فإن الاكثر على ان لازم كاة على جميعهم الا ما روت طائفة من تضعيف الزكاة على نصارى بنى ثعلب أعنى أن يؤخذ منهم مثلاً ما يؤخذ من المسلمين في كل شئ ومن قال بهذا القول الشافعى وأبو حنيفة وأحمد والثورى وليس عن مالك في ذلك قول وانما صار هؤلاء لهذا لانه ثبت انه فعل عمر بن الخطاب بهم وكاهم رأوا أن مثل هذا هو توقيف ولكن الاصول تعارضه وأما العبيد فان الناس فيهم على ثلاثة مذاهب فتقوم قالوا لازكاة في أموالهم أصلاً وهو قول ابن عمر وجابر من الصحابة ومالك وأحمد وأبي عبيد من الفقهاء وقال آخرون بل زكاة مال العبد على سيده وبه قال الشافعى فيما حكاه ابن المنذر والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وأوجب طائفة أخرى على العبد في ماله الزكاة وهو مروى عن ابن عمر من الصحابة وبه قال عطاء من التابعين وأبو ثور من الفقهاء وأهل الظاهرا وبعضهم وجمهور من قال لازكاة في مال العبد هم على أن لازكاة في مال المكاتب حتى يعتق وقال أبو ثور في مال المكاتب الزكاة - وسبب اختلافهم في زكاة مال العبد اختلافهم في هل يملك العبد مالا كاملاً أو غير تام فن رأى انه لا يملك مالا كاملاً وأن السيد هو المالك اذ كان لا يخلو مال من مالك قال الزكاة على السيد ومن رأى أنه لا واحد منهما يملكه مالا كاملاً السيد اذ كانت يد العبد هي التي عليه لا يد السيد ولا العبد أيضاً لأن للسيد انتراعه منه قال لازكاة في ماله أصلاً ومن رأى أن اليد على المال توجب الزكاة فيه لمكان تصرفها فيه تشبيهاً بتصرف يد الحر قال الزكاة عليه لا سيما من كان عنده أن الخطاب العام يتناول الاحرار والعبيد وأن الزكاة عبادة تتعلق بالمكف لتصرف اليد في المال وأما المالكون الذين عليهم الديون التي تستغرق أموالهم أو تستغرق ما تجب فيه الزكاة من أموالهم وبايديهم أموال تجب فيها الزكاة فانهم اختلفوا في ذلك فقال قوم لازكاة في مال حيا كان أو غيره حتى تخرج منه الديون فان بقي ما تجب فيه الزكاة زكى والا فلا وبه قال الثورى وأبو ثور وابن المبارك وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه الدين لا يمنع زكاة الحبوب ويمنع ماسواها وقال مالك الدين يمنع زكاة التناض فقط الا أن يكون له عروض فيها وقاع من دينه فانه لا يمنع وقال قوم بمقابل القول الاول وهو أن الدين لا يمنع زكاة أصلاً * والسبب في اختلافهم اختلافهم هل الزكاة عبادة أو حق مرتب في المال للمساكين فن رأى أنها حق لهم قال لازكاة في مال من عليه الدين لان حق صاحب الدين متقدم بالزمان على حق المساكين وهو في الحقيقة مال صاحب الدين لا الذى المال بيده ومن قال هي عبادة قال تجب على من بيده مال لان ذلك هو شرط التكليف وعلامته المتتضية الوجوب على المكف سواء كان عليه دين أو لم يكن

وأيضاً فإنه قد تعارض هناك حق لله وحق للآدمي وحق لله أن يقضى والاشبه
 بغرض الشرع اسقاط الزكاة عن المديان لقوله عليه الصلاة والسلام: **فيها صدقة تؤخذ من**
أغنيائهم وترد على فقرائهم والمدين ليس بغني وأما من فرق بين الحبوب وغير الحبوب وبين
 الناض وغير الناض فلا أعلم له شبهة بينة وقد كان أبو عبيد يقول إنه إن كان لا يعلم أن عليه
 ديناً إلا بقوله لم يصدق وإن علم أن عليه ديناً لم يؤخذ منه وهذا ليس خلافاً لمن يقول بأسقاط
 الدين الزكاة وإنما هو خلاف لمن يقول بصدق في الدين كما يصدق في المال وأما المال الذي
 هو في الذمة أعني في ذمة الغير وليس هو بيد المالك وهو الدين فانهم اختلفوا فيه أيضاً فقوم
 قالوا لا زكاة فيه وإن قبض حتى يستكمل شرط الزكاة عند القبض له وهو الحول وهو أحد
 قولي الشافعي وبه قال الليث أو هو قياس قوله وقوم قالوا إذا قبضه زكاة لما مضى من السنين
 وقال مالك يزكيه لحول واحد وإن أقام عند المديان سنين إذا كان أصله عن عوض وأما إذا
 كان عن غير عوض مثل الميراث فانه يستقبل به الحول وفي المذهب تفصيل في ذلك * ومن
 هذا الباب اختلافهم في زكاة الثمار المحبسة الاصول وفي زكاة الارض المستأجرة على من
 تجب زكاة ما يخرج منها هل على صاحب الارض أو صاحب الزرع ومن ذلك اختلافهم في
 أرض الخراج إذا انتقلت من أهل الخراج الى المسلمين وهم أهل العشر وفي أرض العشر
 وهي أرض المسلمين إذا انتقلت الى الخراج أعني أهل الذمة وذلك انه يشبه أن يكون سبب
 الخلاف في هذا كله أنها أملاك ناقصة .

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ وهي زكاة الثمار المحبسة الاصول فان مالكا والشافعي كانا يوجبان
 فيها الزكاة وكان مكحول وطاوس يقولان لازكاة فيها و فرق قوم بين أن تكون محبسة على
 المساكين وبين أن تكون على قوم باعياهم فاجبوا فيها الصدقة إذا كانت على قوم باعياهم
 ولم يوجبوا فيها الصدقة إذا كانت على المساكين ولا معنى لمن أوجبها على المساكين لانه
 يجمع في ذلك شيثان اثنان أحدهما أنها ملك ناقص والثانية انها على قوم غير معينين من
 الصنف الذين تصرف اليهم الصدقة لا من الذين تجب عليهم

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي الارض المستأجرة على من تجب زكاة ما يخرجها فان قوما قالوا
 الزكاة على صاحب الزرع وبه قال مالك والشافعي والثوري وابن المبارك وأبو ثور وجماعة
 وقال أبو حنيفة وأصحابه الزكاة على رب الارض وليس على المستأجر منه شيء * والسبب في
 اختلافهم هل العشر حق الارض أو حق الزرع أو حق مجموعهما الا انه لم يقل أحد انه حق

لجميعهما وهو في الحقيقة حق مجموعهما فلما كان عندهم انه حق لاحد الامرين اختلفوا في أيهما هو أولى أن ينسب الى الموضع الذي فيه الاتفاق وهو كون الزرع والا رض لمالك واحد فذهب الجمهور الى انه الشيء الذي يجب فيه الزكاة وهو الحب وذهب أبو حنيفة الى انه الشيء الذي هو أصل الوجوب وهو الارض وأما اختلافهم في أرض الخراج اذا انتقلت الى المسلمين هل فيها عشر مع الخراج أم ليس فيها عشر فإن الجمهور على أن فيها العشر أعني الزكاة وقال أبو حنيفة وأصحابه ليس فيها عشر. وسبب اختلافهم كما قلنا هل الزكاة حق الارض أو حق الحب فإن قلنا انه حق الارض لم يجتمع فيها حقان وهما العشر والخراج وان قلنا الزكاة حق الحب كان الخراج حق الارض والزكاة حق الحب وانما يجبيء هذا الخلاف فيها لانهم لم يوافقوا كما قلنا ولذلك اختلف العلماء في جواز بيع أرض الخراج وأما اذا انتقلت أرض العشر الى الذي يزرعها فإن الجمهور على انه ليس فيها شيء وقال النعمان اذا اشترى الذي أرض عشر تحولت أرض خراج فكأنه رأى أن العشر هو حق أرض المسلمين والخراج هو حق أرض الذميين لكن كان يجب على هذا الاصل اذا انتقلت أرض الخراج الى المسلمين أن تعود أرض عشر كما ان عنده اذا انتقلت أرض العشر الى الذي عادت أرض خراج ويتعلق بالمالك مسائل أليق المواضع يذكرها هو هذا الباب، أحدها اذا أخرج المرء الزكاة نضاعت، والثانية اذا أمكن إخراجها فبذلك بعض المال قبل الإخراج، والثالثة اذا مات وعليه زكاة، والرابعة اذا باع الزرع أو الثمر وقد وجبت فيه الزكاة على من الزكاة وكذلك اذا وهبه .

فاما المسئلة الاولى ١٢ وهي اذا أخرج الزكاة فضاغت فان قوم قالوا تجزى عنه وقوم قالوا لها ضامن حتى يضعها موضعها وقوم فرقوا بين أن يخرجها بعد أن أمكنه إخراجها وبين أن يخرجها أول زمان الوجوب والامكان فقال بعضهم إن أخرجها بعد أيام من الامكان والوجوب ضمن وان أخرجها في أول الوجوب ولم يتبع منه نفي لم يضمن وهو مشهور مذهب مالك وقوم قالوا ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى ما بقي وبه قال أبو ثور والشافعي وقال قوم بل يعدلها من الجميع ويبقى المساكين ورب المال شريكين في الباقي بقدر حظهما من حظ رب المال مثل الشريكين يذهب بعض المال المشترك بينهما وبين شريكين على تلك النسبة في الباقي فيتحصل في المسئلة خمسة أقوال، قول انه لا يضمن باطلاق، وقول انه يضمن باطلاق، وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط لم يضمن، وقول ان فرط ضمن وان لم يفرط زكى ما بقي، والقول الخامس يكونان شريكين في الباقي

وأما المسئلة الثانية ١٢٠ إذا ذهب بعض المال بعد الوجوب وقبل تمكن اخراج الزكاة فقوم قالوا زكي ما بقى وقوم قالوا حال المساكين وحال رب المال حال الشريكين يضيح بعض ما لهما * والسبب في اختلافهم تشبيه الزكاة بالدون أعنى أن يتعلق الحق فيها بالذمة لا بعين المال أو تشبيهها بالحقوق التي تتعلق بعين المال لا بذمة الذي يده على المال كالامناء وغيرهم فمن شبه مالكي الزكاة بالامناء قال إذا أخرج فهلك المخرج فلا شئ عليه ومن شبههم بالغرماء قال يضمنون ومن فرق بين التفريط والتأخير يطلأحتهم بالامناء من جميع الوجوه اذ كان الامين يضمن اذا فرط وأما من قال اذا لم يفرط زكي ما بقى فانه شبهه من هلك بعض ماله بعد الاخراج بمن ذهب بعض ماله قبل وجوب الزكاة فيه كما انه اذا وجبت الزكاة عليه فانما يزكي الموجود فقط كذلك هذا انما يزكي الموجود من ماله فقط * وسبب الاختلاف هو تردد شبه المالك بين الغريم والامين والشريك ومن هلك بعض ماله قبل الوجوب وأما اذا وجبت الزكاة وتمكن من الاخراج فلم يخرج حتى ذهب بعض المال فانهم متفقون فيما أحسب نداء من الا في الماشية عند من رأى أن وجوبها انما يتم بشرط خروج الساعي مع الحول وهو مذنب ماله .

وأما المسئلة الثالثة ١٢١ وهي اذا مات بعد وجوب الزكاة عليه فان قوما قالوا يخرج من رأس ماله وبه قال الشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور وقوم قالوا ان أوصى بها أخرجت عنه من الثلث والا فلا شئ عليه ومن هؤلاء من قال يبدأ بها ان ضاق الثلث ومنهم من قال لا يبدأ بها وعن مالك القولان جميعاً ولكن المشهور انها بمنزلة الوصية وأما اختلافهم في المال يباع بعد وجوب الصدقة فيه فان قوما قالوا يأخذ المصدق الزكاة من المال نفسه ويرجع المشتري بصحته على البائع وبه قال أبو ثور وقال قوم البيع مفسوخ وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة المشتري بالخيار بين انماذا يبيع وردده والعشر مأخوذ من الثمرة أو من الحب الذي وجبت فيه الزكاة وقال مالك الزكاة على البائع * وسبب اختلافهم تشبيه بيع مال الزكاة بتقويته واتلاف عينه فمن شبهه بذلك قال الزكاة مترتبة في ذمة الملتف والمفتوت ومن قال البيع ليس باتلاف لعين المال ولا تنويم له وانما هو بمنزلة ما عاين ماليس له قال الزكاة في عين المال ثم حل البيع مفسوخ أو غير مفسوخ نظر آخر يذكر في باب البيوع ان شاء الله تعالى * ومن هذا النوع اختلافهم في زكاة المال الموهوب وفي بعض هذه المسائل التي ذكرنا تفصيل في المذهب لم تر ان تعرض له اذ كان ذلك غير موافق لغرضنا مع انه يعسر فيها اعطاء أسس باب

تلك الفرق لانها اكثرها استحسانية مثل تفصيلهم الديون التي تركى من التي لا تركى والديون المستقطعة للزكاة من التي لا تستقطب فيها ما رأينا أن ذكره في هذه الجملة وهى معرفة من يجب عليه الزكاة وشروط الملك التي يجب به وأحكام من يجب عليه وقد بقي من أحكامه حكم مشهور وهو ما إذا حكم من منع الزكاة ولم يجحد وجوبها فذهب أبو بكر رضى الله عنه الى أن حكمه حكم المرتد وبذلك حكم فى مانع الزكاة من العرب وذلك انه قاتلهم وسي ذر يتهم وخالفه فى ذلك عمر رضى الله عنه وأطلق من كان استرق منهم وبقول عمر قال الجمهور وذهبت طائفة الى تكفير من منع فريضة من القرائض وان لم يجحد وجوبها * وسبب اختلافهم هل اسم الايمان الذى هو ضد الكفر ينطلق على الاعتقاد دون العمل فقط أو من شرطه وجود العمل معه فهم من رأى ان من شرطه وجود العمل معه ومنهم من لم يشترط ذلك حتى لو لم يلفظ بالشهادة إذا صدق بها فحكمه حكم المؤمن عند الله والجمهور وهم أهل السنة على انه ليس يشترط فيه أعنى فى اعتقاد الايمان الذى ضد الكفر من الاعمال الا التلفظ بالشهادة فقط لقوله صلى الله عليه وسلم أمرت ان أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله ويؤمنوا بى فاشترط مع العلم بالقول وهو عمل من الاعمال فمن شبه سائر الافعال الواجبة بالقول قل جميع الاعمال المفروضة شرط فى العلم الذى هو الايمان ومن شبه القول بسائر الاعمال التي اتفق الجمهور على انها ليست شرطاً فى العلم الذى هو الايمان قل التصديق فقط هو شرط الايمان وبه يكون حكمه عند الله تعالى حكم المؤمن والقولان شاذان واستثناء التلفظ بالشهادتين من سائر الاعمال هو الذى عليه الجمهور .

﴿ الجملة الثانية ﴾ وأما ما يجب فيه الزكاة من الاموال فاتفقوا منها على أشياء واختلفوا فى أشياء أما ما اتفقوا عليه فصنفان من المعدن الذهب والفضة اللتين ليستا بحلى وتلاثة أصناف من الحيوان الابل والبقر والغنم وصنفان من الحبوب الحنطة والشعير وصنفان من الثمر التمر والزبيب وفى الزيت خلاف شاذ . واختلفوا ما من الذهب فى الحلى فقط وذلك انه ذهب فتهاء الحجاز مالك والليث والشافعى الى انه لا زكاة فيه اذا أريد بالزينة واللباس وقال أبو حنيفة وأصحابه فيه الزكاة * والسبب فى اختلافهم تردد شبهه بين العروض وبين التبر والفضة اللتين المقصود منهما المعاملة فى جميع الأشياء فمن شبهه بالعروض التي المتصود منها المنافع أولاً قال ليس فيه زكاة ومن شبهه بالتبر والفضة التي المتصود منها المعاملة بها أولاً قال فيه الزكاة ولا اختلاف فهم أيضاً سبب آخر وهو اختلاف الآثار فى ذلك وذلك فى انه روى جابر عن النبي

عليه الصلاة والسلام انه قال: ليس في الحلي زكاة وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأته أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم معها ابنة لها وفي يداها مسك من ذهب فقال لها أتودين زكاة هذا قالت لا قال أيسرك أن يسورك الله بهما يوم القيامة سوارين من نار تخلعهما وأنت بهما إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقالت هما لله ولرسوله والا تران ضعيفان وبخاصة حديث جابر ولكن السبب الاماك لا اختلافهم تردد الحلي المتخذ للباس بين التبر والنضمة اللذين المتصور منهما أولاً المعاملة لا الا شتاع وبين العروض التي المتصور منها بالوضع الاول خلاف المتصور من التبر والنضمة أعنى الا شتاع بها لا انعاماً وأعنى بالمعاملة كبرها ثمنا واختلف قول مالك في الحلي المتخذ للكرامرة شبهه بالحلي المتخذ للباس ومرة شبهه بالتبر المتخذ للمعاملة « وأما ما اختلفوا فيه من الحيوان منه ما اختلفوا في نوعه ومنه ما اختلفوا في صنفه أما ما اختلفوا في نوعه فالخيل وذلك ان الجمهور على ان لازكاة في الخيل فذهب أبو حنيفة إلى انها اذا كانت سائمة وقصد بها النسل ان فيها الزكاة أعنى اذا كانت دكرانا وانثاء والسبب في اختلافهم معارضة التماس للفظ وما يظن من معارضة اللفظ للنظر فيها أما اللفظ الذي يقتضى الازكاة فيها فتقوله عليه الصلاة والسلام: ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة وأما القياس الذي عارض هذا العموم فهو أن الخيل السائمة حيوان متصور به انماء والنسل فشبه الابل والبقر وأما اللفظ الذي يظن انه معارض لذلك العموم فهو قوله عليه الصلاة والسلام وقد ذكر الخيل: ولم ينس حق الله في رقابها ولا ظهورها فذهب أبو حنيفة إلى أن حق الله هو الزكاة وذلك في السائمة منها قال التناضى وان يكون هذا اللفظ مجعلاً أخرى منه أن يكون عاماً فيحتج به في الزكاة وخالف أبو حنيفة في هذه المسئلة صاحباه أبو يوسف ومحمد وصح عن عمر رضي الله عنه انه كان يأخذ منها الصدقة فتبين انه كان باختيار منهم « وأما ما اختلفوا في صنفه فهي السائمة من الابل والبقر والغنم من غير السائمة منها فان قوماً أوجبوا الزكاة في هذه الاصناف الثلاثة سائمة كانت أو غير سائمة وبه قال الليث ومالك وقال سائر فقهاء الامصار لازكاة في غير السائمة من هذه الثلاثة الانواع « وسبب اختلافهم معارضة المطلق للمقيّد ومعارضة القياس لعموم اللفظ اما المطلق فتقوله عليه الصلاة والسلام في أربعين شاة وأما المقيّد فتقوله عليه الصلاة والسلام: في سائمة الغنم الزكاة فمن غلب المطلق على المقيّد قال الزكاة في السائمة وغير السائمة ومن غلب المقيّد قال الزكاة في السائمة منها فقط ويشبه أن يقال ان من سبب الخلاف في ذلك أيضاً معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان دليل الخطاب في قوله

عليه الصلاة والسلام: في سائمة الغنم الزكاة يقتضى أن لا زكاة في غير السائمة وعموم قوله عليه
 الصلاة والسلام: في أر بعين شاة شاة يقتضى أن السائمة في هذا بمنزلة غير السائمة لكن العموم
 أقوى من دليل الخطاب كما أن تغليب المقيد على المطلق أشهر من تغليب المطلق على المقيد
 وذهب أبو محمد بن حزم إلى أن المطلق يقتضى على المقيد وأن في الغنم سائمة وغير سائمة الزكاة
 وكذلك في الابل لقوله عليه الصلاة والسلام: ليس فيما دون خمس ذود من الابل صدقة وإن
 البقر لم يثبت فيها أثر وجب أن يتمسك فيها بالاجماع وهو أن الزكاة في السائمة منها فقط
 فتكون التفرقة بين البقر وغيره أقول ثالث وأما القياس المعارض لعموم قوله عليه الصلاة
 والسلام: فيها في أر بعين شاة شاة فهو أن السائمة هي التي المتصود منها النماء والربح وهو الموجود
 فيها أكثر ذلك والزكاة إنما هي فضلات الأموال والفضلات إنما توجد أكثر ذلك في الأموال
 السائمة ولذلك اشترط فيها الحول فنخصص بهذا القياس ذلك العموم لم يوجب الزكاة في غير
 السائمة ومن لم يخصص ذلك ورأى أن العموم أقوى أوجب ذلك في الصنفين جميعاً فهذا هو
 ما اختلفوا فيه من الحيوان التي تجب فيه الزكاة وأجمعوا على أنه ليس فيما يخرج من الحيوان زكاة
 إلا العسل فانهم اختلفوا فيه فاجتهدوا على أنه لا زكاة فيه وقال قوم فيه الزكاة * وسبب اختلافهم
 اختلافهم في تصحيح الآثار الواردة في ذلك وهو قوله عليه الصلاة والسلام: في كل عشرة أوزق
 زق خرجه الترمذي وغيره وأما ما اختلفوا فيه من النبات بعد انتفاعهم على الاصناف الأربعة
 التي ذكرناها فهو جنس النبات الذي تجب فيه الزكاة فمنهم من لم ير الزكاة إلا في تلك الأربعة فقط
 وبه قال ابن أبي ليلى وسفيان الثوري وابن المبارك ومنهم من قال الزكاة في جميع المدخر
 المقتات من النبات وهو قول مالك والشافعي ومنهم من قال الزكاة في كل ما تخرجه الأرض
 ما عدا الحشيش والحطب والقصب وهو أبو حنيفة * وسبب الخلاف أما بين من قصر
 الزكاة على الاصناف الخمسة وبين من عدّها إلى المدخر المقتات فهم اختلفوا في تعاقب
 الزكاة بهذه الاصناف الأربعة هل هو لعينها أو لعلّة فيها وهي الاقتيات فمن قال لعينها قصر
 الوجوب عليها ومن قال لعلّة الاقتيات عدّى الوجوب لجميع المقتات * وسبب الخلاف
 بين من قصر الوجوب على المقتات وبين من عدّها إلى جميع ما تخرجه الأرض إلا ما وقع عليه
 الاجماع من الحشيش والحطب والقصب هو معارضة القياس لعموم اللفظ أما اللفظ الذي
 يقتضى العموم فهو قوله عليه الصلاة والسلام: فيما سقت السماء العشر وفيما سقى بالنضح نصف
 العشر وما بمعنى الذي والذي من ألباط العموم وقوله تعالى (وهو الذي أنشأ جنات

معروشات) الآية الى قوله (وأتاحته يوم حصاده) وأما القياس فهو ان الزكاة إنما المقصود منها سد الخلة وذلك لا يكون غالباً الا فيما هو قوت فمن خصص العموم بهذا القياس اسقط الزكاة مما عدا المقتات ومن غلب العموم أوجبها فيما عدا ذلك الا ما أخرجه الاجماع والذين انتقوا على المقتات اختلفوا في أن ياء من قبل اختلافهم فيها هل هي متبناة أم ليست بمقتناة وهل يقاس على ما انتق عليه أو ليس يقاس مثل اختلاف مالك والشافعي في الزيتون فان مالكا ذهب الى وجوب الزكاة فيه ومنع ذلك الشافعي في قوله الاخير بمصر * وسبب اختلافهم هل هو قوت أم ليس بقوت ومن هذا الباب اختلاف أصحاب مالك في إيجاب الزكاة في التين أولاً إيجابها وذهب بعضهم الى ان الزكاة تحب في التمار دون الخضر وهو قول ابن حبيب لقوله سبحانه وهو الذي أشأجعات معروشات وغير معروشات الآية ومن فرق في الآية بين التمار والزيتون فلا وجه لقوله الا وجهه ضعيف وانتقوا على أن لازك في العروض التي لم يفصلهم التجارة واختلفوا في إيجاب الزكاة فيما اتخذهم للتجارة فذهب فقهاء الامصار الى وجوب ذلك ومنع ذلك أهل الظاهر * والسبب في اختلافهم اختلاف فهم في وجوب الزكاة بالقياس واختلافهم في تصحيح حديث سمرة بن جندب انه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم : يأمرنا أن نخرج الزكاة مما بعد البيع وفيما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال أدّ زكاة الرء وأما القياس الذي اعتمد الجمهور فهو أن العروض المتخذة للتجارة مال مقصود به التنمية فاشبه الاجناس الثلاثة التي فيها الزكاة باتفاق أعنى الحرث والماشية والذهب والفضة وزعم الطحاوي ان زكاة العروض ثابتة عن عمر وابن عمر ولا مخالف لهم من الصحابة وبعضهم يرى ان مثل هذا هو اجماع من الصحابة أعنى اذا نقل عن واحد منهم قول ولم ينقل عن غيره خلافة وفيه ضعف .

الجملة الثالثة : وأما معرفة النصاب في واحد واحد من هذه الاموال المزكاة وهو المقدار الذي فيه تجب الزكاة فيما له منها نصاب ومعرفة الواجب من ذلك أعنى في عينه وقدره فاننا ذكر من ذلك ما انتقوا عليه واختلفوا فيه في جنس جنس من هذه الاجناس المتفق عليها والمختلف فيها عند الذين انتقوا عليه ولنجعل الكلام في ذلك في فصول ، الفصل الاول في الذهب والفضة ، الثاني في الابل ، الثالث في الغنم ، الرابع في البقر ، الخامس في النبات السادس في العروض .

﴿الفصل الاول﴾

أما المقدار الذي يجب فيه الزكاة من الغنّة فانهم اتفقوا على أنه خمس أواق لقوله عليه الصلاة والسلام الثابت ليس في أدون خمس أواق من الورق صدقة ما عدا المعدن من الغنّة فانهم اختلفوا في اشتراط النصاب منه وفي المقدار الواجب فيه والواقية عندهم أربعون درهما كيلا وأما القدر الواجب فيه فبهم اتفقوا على أن الواجب في ذلك هو ربع العشر أعنى في الغنّة والذهب معاً ما لم يكونا خراجاً من معدن. واختلفوا من هذا الباب في مواضع خمسة أحدها في نصاب الذهب، والثاني هل فيهما أوقاص أم لا أعنى هل فوق النصاب قدر لا يزيد الزكاة بزيادته، والثالث هل يضم بعضها إلى بعض في الزكاة فيعدان كصنف واحد أعنى عند إقامة النصاب أم هما صنفان مختلفان والرابع هل من شرط النصاب أن يكون للمالك واحداً لا اثنين الخامس في اعتبار نصاب المعدن وحوله وقدر الواجب فيه

﴿أما المسئلة الاولى﴾ وهي اختلافهم في نصاب الذهب فنأثر كثير العلماء على أن الزكاة تجب في عشرين ديناراً أو زناً كما تجب في مائتي درهم هذا مذهب مالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابهم وأحمد وجماعة فقهاء الامصار وقالت طائفة منهم الحسن بن أبي الحسن البصري وأكثر أصحاب داود بن علي ليس في الذهب شيء حتى يبلغ أربعين ديناراً فقيها ربع عشره دينار واحد وقالت طائفة ثالثة ليس في الذهب زكاة حتى يبلغ صرفها مائتي درهم أو قيمتها فإذا بلغت فقيها ربع عشرها كان وزن ذلك من الذهب عشرين ديناراً أو أقل أو أكثر هذا فيما كان منها دون الأربعين ديناراً فإذا بلغت أربعين ديناراً كان الاعتبار بها نفسها بالدرهم لا صرفاً ولا قيمة. وسبب اختلافهم في نصاب الذهب أنه لم يثبت في ذلك شيء عن النبي صلى الله عليه وسلم كما ثبت ذلك في نصاب الغنّة وما روى الحسن بن عماره من حديث علي بن أبي طالب عليه الصلاة والسلام قال : هاتوا زكاة الذهب من كل عشرين ديناراً نصف دينار فليس عندنا أكثر مما يجب العمل به لا أفراد الحسن بن عماره فمن لم يصح عنده هذا الحديث اعتقد في ذلك على الإجماع وهو اتفاقهم على وجوبها في الأربعين

وأما مالك فاعتقد في ذلك على العمل ولذلك قال في الموطأ السنة التي لا اختلاف فيها عندنا أن الزكاة تجب في عشرين ديناراً كما تجب في مائتي درهم وأما الذين جعلوا الزكاة في أدون الأربعين تبعاً للدرهم فانه لما كانا عندهم من جنس واحد جعلوا الغنّة هي الأصل إذ كان النص قد ثبت فيها وجعلوا الذهب تبعاً لها في القيمة لا في

الوزن وذلك فيادون موضع الاجماع ولما قيل أيضاً أن الرقة اسم يتناول الذهب والفضة وجاء في بعض الآثار ليس فيادون خمس أواق من الرقة صدقة .

المسئلة الثانية : وأما اختلاف فهم فيازاد على النصاب فيها فان الجمهور قالوا ان ما زاد على مائتي درهم من الوزن فقيسه بحسب ذلك أعنى ربع العشر ومن قال بهذا القول مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة وأحمد بن حنبل وجماعة وقالت طائفة من أهل العلم أكثرهم أهل العراق لا شيء فيازاد على المائتي درهم حتى تبلغ الزيادة أربعين درهما فإذا بلغت كان فيها ربع عشرها وذلك درهم وبهذا القول قال أبو حنيفة وزفر وطائفة من أصحابهما . وسبب اختلاف فهم اختلافهم في تصحيح حديث الحسن بن عمار ومعارضة دليل الخطاب له وترددهما بين أصليين في هذا الباب مختلفين في هذا الحكم وهي الماشية والحبوب أما حديث الحسن بن عمار فانه رواه عن أبي اسحاق عن عاصم بن ضمرة عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : قد عفوت عن صدقة الحبل والريق فيها ثمانين الرقة ربع العشر من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين دينار نصف دينار وليس في مائتي درهم شيء حتى يحول عليها الحول فقيها خمسة دراهم فما زاد ففي كل أربعين درهما درهم وفي كل أربعة دنانير يزيد على العشرين دينار درهم حتى تبلغ أربعين ديناراً ففي كل أربعين ديناراً وفي كل أربعة وعشرين نصف دينار ودرهم

وأما دليل الخطاب المعارض له فتقوله عليه الصلاة والسلام : ليس فيادون خمس أواق من الورق صدقة ومفهومه ان فيازاد على ذلك الصدقة قل أو أكثر

وأما ترددهما بين الأصليين اللذين هما الماشية والحبوب فان النص على الاوقاص ورد في الماشية وأجمعوا على أنه لا أوقاص في الحبوب فمن شبه الفضة والذهب بالماشية قال فيهما الاوقاص ومن شبههما بالحبوب قال لاوقص .

المسئلة الثالثة : وهي ضم الذهب الى الفضة في الزكاة فان عند مالك وأبي حنيفة وجماعة انها تضم الدراهم الى الدنانير فإذا كل من مجموعهما نصاب وجبت فيه الزكاة وقال الشافعي وأبو ثور ودาวود لا يضم ذهب الى فضة ولا فضة الى ذهب * وسبب اختلافهم هل كل واحد منهما يجب فيه الزكاة لئنه أم لسبب يعمهما وهو كونهما كما يقول الفقهاء رؤوس الاموال وقيم المتعلقات فمن رأى ان المعتر في كل واحد منهما هو عينه ولذلك اختلف النصاب فيهما قال هما جنسان لا يضم أحدهما الى الثاني كالحال في البقر والغنم ومن رأى ان المعتر فيهما هو ذلك الامر الجامع الذي قلناه أوجب ضم بعضهما الى بعض ويشبه أن يكون الاظهر

اختلاف الاحكام حيث تختلف الاسماء وتختلف الموجودات أنفسها وان كان قديوم اتحادهما اتفاق المنافع وهو الذي اعقده مالك رحمه الله في هذا الباب وفي باب الربا والذين أجازوا ضمهما مختلفوا في صفة الضم قرأى مالك ضمهما بصرف محدود وذلك بان ينزل الدينار بعشرة دراهم على ما كانت عليه قديما فن كانت عنده عشرة دنانير ومائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة عنده وجاز ان يخرج من الواحد عن الآخر وقال من هؤلاء آخرون تضم بالقيمة في وقت الزكاة فن كانت عنده مثلاً مائة درهم وتسعة مثاقيل قيمتها مائة درهم وجبت عليه فيهما الزكاة أو من كانت عنده مائة درهم تساوى أحد عشر مثقالاً وتسعة مثاقيل وجبت عليه أيضاً فيهما الزكاة ومن قال بهذا القول أبو حنيفة وبمثل هذا القول قال الثوري الا انه يراعى الاحوط للمساكين في الضم أعنى القيمة أو الصرف المحدود ومنهم من قال يضم الأقل منها الى الأكثر ولا يضم الاكثر الى الأقل وقال آخرون تضم الدنانير بقيمتها أبداً كانت الدنانير أقل من الدراهم أو أكثر ولا تضم الدراهم الى الدنانير لان الدراهم أصل والدنانير فرع اذ كان لم ينبت في الدنانير حديث ولا اجماع حتى تبلغ أربعين وقال بعضهم اذا كان عنده نصاب من أحدهما ضم اليه قليل الآخر وكثيره ولم ير الضم في تكيل النصاب اذا لم يكن في واحد منهما نصاب بل في مجموعهما * وسبب هذا الارتباك ما راموه من ان يجعلوا من شئئين نصابهما مختلف في الوزن نصاباً واحداً وهذا كله لا معنى له لدول من رام ضم أحدهما الى الآخر فقد أحدث حكام في الشرع حيث لا حكم لا نه قد قال بنصاب ليس هو بنصاب ذهب ولا فضة ويستحيل في عادة التكيف والا مر بالبيان أن يكون في أمثال هذه الاشياء اختلاف الحكم مخصوص فيسكت عنها شارع حتى يكون سكوته سبباً لأن يعرض فيه من الاختلاف ما مقدار هذا المقدار والشارع انما بعث صلى الله عليه وسلم لرفع الاختلاف .

وأما المسئلة الرابعة فان عند مالك وأبي حنيفة ان الشريكين ليس يجب على أحدهما زكاة حتى يكون اسكل واحد منهما نصاب وعند الشافعي ان المال المشترك حكمه حكم مال رجل واحد * وسبب اختلافهم الاجمال الذي في قوله عليه الصلاة والسلام ليس فيادون خمس أواق من الورق صدقة فان هذا القدر يمكن أن يفهم منه انه انما يخصه هذا الحكم اذا كان لك واحد فقط ويمكن أن يفهم منه انه يخصه هذا الحكم كان لك واحد أو أكثر من مالك واحد الا أنه لما كان مفهوم اشتراط النصاب انما هو الفرق فواجب أن يكون النصاب من شرطه أن يكون لك واحد وهو الاظهر والله أعلم والشافعي كانه شبه الشركة بالخلطة ولكن تأثير الخلطة في الزكاة غير متفق عليه على ما سيأتي بعد .

﴿ وأما المسئلة الخامسة ﴾ وهي اختلافهم في اعتبار النصاب في المعدن وقدر الواجب فيه فان مال الكا والشافعي راعيا النصاب في المعدن واما الخلاف بينهما ان مال الكالم يشترط الحول واشترطه الشافعي على ما استقول بعد في الجملة الرابعة وكذلك لم يختلف قولهما ان الواجب فيما يخرج منه هو ربع العشر. وأما أبو حنيفة فلم يرفيه نصابا ولا حولا وقال الواجب هو الخمس * وسبب الخلاف في ذلك هل اسم الركاز يتناول المعدن أم لا يتناوله لانه قال عليه الصلاة والسلام: وفي الركاز الخمس وروى أشهب عن مالك ان المعدن الذي يوجد بغير عمل انه ركاز وفيه الخمس * فسبب اختلافهم في هذا هو اختلافهم في دلالة اللفظ وهو أحد أسباب الاختلافات العامة التي ذكرناها .

﴿ الفصل الثاني في نصاب الابل والواجب فيه ﴾

وأجمع المسلمون على ان في كل خمس من الابل شاة الى أربع وعشرين فاذا كانت خمسا وعشرين ففيها ائنة مخاض الى خمس وثلاثين فان لم تكن ائنة مخاض فان لبون ذكر فاذا كانت ستا وثلاثين ففيها بنت لبون الى خمس وأربعين فاذا كانت ستا وأربعين ففيها حقة الى ستين فاذا كانت واجدا وستين ففيها جذعة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها بنت لبون الى تسعين فاذا كانت واحدا وتسعين ففيها حقتان الى عشرين ومائة لثبوت هذا كله في كتاب الصدقة الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم وعمل به بعده أبو بكر وعمر واختلماومنها في مواضع منها فإما زاد على العشرين والمائة ومنها اذا عدم السن الواجبة عليه وعندده السن الذي فوقه أو الذي تحته ما حكمه ومنها هل تجب الزكاة في صغار الابل وان وجبت فما الواجب .

﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾ وهي اختلافهم فيما زاد على المائة وعشرين فان مال الكا قال اذا زادت على عشرين ومائة واحدة فلم يصدق بالخيار إن شاء أخذ ثلاث بنات لبون وإن شاء أخذ حقتين الى أن تبلغ ثلاثين ومائة فيكون فيها حقة وابنتا لبون وقال ابن التماس من أصحابه بل يأخذ ثلاث بنات لبون من غير خيار الى أن تبلغ ثمانين ومائة فتكون فيها حقة وابنتا لبون وبهذا القول قال الشافعي وقال عبد الملك بن الماحشون من أصحاب مالك بل يأخذ الساعي حقتين فقط من غير خيار الى أن تبلغ مائة وثلاثين وقال الكوفيون أبو حنيفة وأصحابه والثوري اذا زادت على عشرين ومائة عادت القرية على أولها ومعنى عودها أن يكون عندهم في كل

خمس ذود شاة فإذا كانت الابل مائة وخمسة وعشرين كان فيها احتتان وشاة احتتان للمائة والعشرين والشاة والخمس فإذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها احتتان وشاتان فإذا كانت خمسا وثلاثين ففيها احتتان وثلاث شياه الى أربعين ومائة ففيها احتتان وأربع شياه الى خمس وأربعين ومائة فإذا بلغت مائة ففيها احتتان وابنة مختاض للمائة والعشرين وابنة المختاض للخمس وعشرين كما كانت في الفرض الاول الى خمسين ومائة فإذا بلغت مائة ففيها ثلاث احتقات وإذا زادت على الخمسين ومائة استقبل بها الفريضة الاولى الى أن تبلغ مائتين فيكون فيها أربع احتقات ثم يستقبل بها الفريضة

وأما ما عدى الكوفيين من الفقهاء فانهم اتفقوا على أن ما زاد على المائة والثلاثين ففي كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة * وسبب اختلافهم في عودة الفرض أولا وعودته اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه ثبت في كتاب الصدقة أنه قال عليه الصلاة والسلام : فما زاد على العشرين ومائة ففي كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة وروى من طريق أبي بكر بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام : انه كتب كتاب الصدقة وفيه اذا زادت الابل على مائة وعشرين استوفيت الفريضة فذهب الجمهور الى ترجيح الحديث الاول اذهوا ثيابت وذهب الكوفيون الى ترجيح حديث عمرو بن عمرو بن حزم لانه ثبت عندهم هذا من قول علي وابن مسعود قالوا ولا يصح أن يكون مثل هذا الاتوقية اذ كان مثل هذا لا يقال بالقياس * وأما سبب اختلاف مالك وأصحابه والشافعي فيما زاد على المائة وعشرين الى الثلاثين فلانه لم يستقيم لهم حساب الاربعينيات ولا الخمسينيات فمن رأى ان ما بين المائة وعشرين الى أن يستقيم الحساب وقص قال ليس فيما زاد على ظاهر الحديث الثابت شي ظاهر حتى يبلغ مائة وثلاثين وهو ظاهر الحديث وأما الشافعي وابن القاسم فانهما ذهبا الى أن فيها ثلاث بنات لبون لانه قد روى عن ابن شهاب في كتاب الصدقة أمها اذا بلغت إحدى وعشرين ومائة ففيها ثلاث بنات لبون فإذا بلغت ثلاثين ومائة ففيها بنتا لبون وحقة * فسبب اختلاف ابن الماجشون وابن القاسم هو معارضة ظاهر الآثار الثابت للتفسير الذي في هذا الحديث فابن الماجشون رجح ظاهر الآثار للاتفاق على ثبوته وابن القاسم والشافعي حملا للمحمل على الفصل المنقسط وأما تخيير مالك الساعى فكانه جمع بين الاثرين والله أعلم .

وأما المستأنة الثانية { } وهو اذا عديم السن الواجب من الابل الواجبة وعنده السن

الذى فوق هذا السن أو تحته فان مال الكافل يكف شراء ذلك السن وقال قوم بل يعطى السن الذى عنده وزيادة عشرين درهما ان كان السن الذى عنده أخطأ أو شاتين وان كان أعلى دفع اليه المصدق عشرين درهما أو شاتين وهذا ثابت فى كتاب الصدقة فلا معنى للنزاعه فيه ولعل مال الكافل يبلغه هذا الحديث وبهذا الحديث قال الشافعى وأبو ثور وقال أبو حنيفة الواجب عليه القيمة على أصله فى إخراج القيم فى الزكاة وقال قوم بل يعطى السن الذى عنده وما بينه من القيمة .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهى هل نجب فى صغار الابل وان وجبت فماذا يكف فان قوماً قالوا يجب فيها الزكاة وقوم قالوا لا يجب * وسبب اختلافهم هل يتناول اسم الجنس الصغار أولاً يتناولوه والذين قالوا لا يجب فيها زكاة هو أبو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة وقد احتجوا بحديث سويد بن عملة انه قال أنا ما مصدق النبى عليه الصلاة والسلام فأتيته فجلست اليه فسمعتة يقول ان فى عهدى أن لا آخذ من راضع لبن ولا أجمع بين مفترق ولا نفرق بين مجتمع قال وأتاه رجل بناقة كوما فابى أن يأخذها والذين أوجبوا الزكاة فيها منهم من قال يكف شراء السن الواجبة عليه ومنهم من قال يأخذ منها وهو الاقيس ونحو هذا الاختلاف اختلفوا فى صغار البقر وسخال الغنم .

(الفصل الثالث فى نصاب البقر وقدر الواجب فى ذلك)

جهور العلماء على ان فى ثلاثين من البقر تبعا وفى أربعين مسنة وقالت طائفة فى كل عشر من البقر شاة الى ثلاثين فقيها تباع وقيل اذا بلغت خمسا وعشرين فقيها بقرة الى خمس وسبعين فقيها بقرة ان اذا جاوزت ذلك فاذا بلغت مائة وعشرين فى كل أربعين بقرة وهذا عن سعيد ابن المسيب واختلف فقهاء الامصار فيما بين الاربعين والستين فذهب مالك والشافعى واحمد والثورى وجماعة ان لاشئ فيما زاد على الاربعين حتى تبلغ ستين فاذا بلغت ستين فقيها تبعا الى سبعين فقيها مسنة وتبيع الى ثمانين فقيها مسنتان الى تسعين فقيها ثلاثة أتبعة الى مائة فقيها تبعا ومنسنة ثم هكذا ما زاد فى كل ثلاثين تباع وفى كل أربعين مسنة * وسبب اختلافهم فى النصاب ان حديث معاذ غير متفق على صحته ولذلك لم يخرج الشيخان وسبب اختلاف فقهاء الامصار فى الوقص فى البقر أنه جاء فى حديث معاذ هذا انه توقف فى الاوقاص وقال حتى أسأل فيها النبى عليه الصلاة والسلام فلما قدم عليه وجده قد توفى صلى

الله عليه وسلم فلم يرد في ذلك نص طلب حكمه من طريق القياس فمن قاس بها على الأصل والغنم لم يرد في الأوقاص شيئاً ومن قال إن الأصل أن في الأوقاص الزكاة إلا ما استثناه الدليل من ذلك وجب أن لا يكون عندنا في البقر وقص أدلة دليل هناك من إجماع ولا غيره

(الفصل الرابع في نصاب الغنم وقدر الواجب من ذلك)

وأجمعوا من هذا الباب على أن في سائمة الغنم إذا بلغت أربعين شاة شاة إلى عشرين ومائة فإذا زادت على العشرين ومائة ففيها شاتان إلى مائتين فإذا زادت على المائتين فثلاث شياه إلى ثلاثمائة فإذا زادت على الثلاثمائة ففي كل مائة شاة وذلك عند الجمهور إلا الحسن بن صالح فإنه قال إذا كانت الغنم ثلاثمائة شاة وشاة واحدة أن فيها أربع شياه وإذا كانت أربع مائة شاة وشاة ففيها خمس شياه وروى قوله هذا عن منصور عن إبراهيم والشافعية المرفوعة في كتاب الصدقة على ما قال الجمهور وانتقوا على أن المنز تضم مع الغنم واختلصوا من أي صنف منها يأخذ المصدق فقال مالك يأخذ من إلا أكثر عدد فإن استوت خير الساعي وقال أبو حنيفة بل الساعي بخير إذا اختلفت الأصناف وقال الشافعي يأخذ الوسط من الأصناف المختلفة لقول عمر رضي الله عنه نعد عليهم بالسخلة يحجبها الراعي ولا تأخذ ولا تأخذ إلا كولة ولا الربي ولا الناحض ولا غل الغنم وتأخذ الجذعة والتمية وذلك عدل بين خيار المال ووسطه وكذلك اتفق جماعة فقهاء الأمصار على أنه لا يؤخذ في الصدقة تيس ولا حرمة ولا ذات عور لثبوت ذلك في كتاب الصدقة إلا أن يرى المصدق أن ذلك خير للمساكين واختلفوا في العمياء وذات العلة هل تعد على صاحب المال أم لا فرأى مالك والشافعي أن تعد وروى عن أبي حنيفة أنها لا تعد * وسبب اختلافهم هل مطابق الاسم يتناول الأصحاء والمرضى أم لا يتناولهما واختلفوا من هذا الباب في نسل الأمهات هل تعد مع الأمهات فيكمل النصاب بها إذا لم يبلغ نصاباً فقال مالك يعد بها وقال الشافعي وأبو حنيفة وابن ثور لا يعد بالسخال إلا أن تكون الأمهات نصاباً * وسبب اختلافهم احتمال قول عمر رضي الله عنه إذا أمر أن تعد عليهم بالسخال ولا يؤخذ منها شيء فإن قوماً فبهموا من هذا إذا كانت الأمهات نصاباً وقوم فبهموا هذا مطلقاً وحسب أن أهل الظاهر لا يوجبون في السخال شيئا ولا يعدون بها إلا كانت الأمهات نصاباً ولا لم تكن لأن اسم الجنس لا ينطبق عليها عندهم وأكثر الفقهاء على أن الخلطة تأثيراً في قدر الواجب من الزكاة واختلف القائلون بذلك هل لها تأثير في قدر النصاب أم لا وأما أبو حنيفة وأصحابه فلم يروا للخلطة تأثيراً لا في قدر الواجب ولا في قدر

النصاب وتفسير ذلك ان مالك والشافعي وأكثرفقهاء الامصار اتفقوا على أن الخلطاء يزكون
 زكاة المالك الواحد واختلفوا من ذلك في موضعين أحدهما في نصاب الخلطاء هل يعد
 نصاب مالك واحد سواء كان لكل واحد منهم نصاب أو لم يكن أم نمايز كون زكاة الرجل
 الواحد اذا كان لكل واحد منهم نصاب والثاني في صفة الخلطة التي لها تأثير في ذلك . وأما
 اختلافهم أولاً في هل للخلطة تأثير في النصاب وفي الواجب أو ليس لها تأثير * فسبب
 اختلافهم اختلافهم في مفهوم ماتت في كتاب الصدقة من قوله عليه الصلاة والسلام
 لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة وما كان من خليطين فانهما يتراجعان
 بالسوية فان كل واحد من الفريقين أنزل مفهوم هذا الحديث على اعتقاده وذلك ان الذين
 رأوا للخلطة تأثيراً في النصاب والتقدير الواجب أو في قدر الواجب فقط قالوا ان قوله عليه
 الصلاة والسلام وما كان من خليطين فانهما يتراجعان بالسوية وقوله لا يجمع بين مفترق ولا
 يفرق بين مجتمع يدل دلالة واضحة ان ملك الخليطين كملك رجل واحد فان هذا الاثر مخصص
 لقوله عليه الصلاة والسلام ليس فهادون خمس دود من الابل صدقة أما في الزكاة عند مالك
 وأصحابه اعني في قدر الواجب وأما في الزكاة والنصاب معاً عند الشافعي وأصحابه وأما الذين لم
 يقولوا بالخلطة فقالوا ان الشر يكتفي قديماً لهما خليطان ويحمل أن يكون قوله عليه الصلاة
 والسلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع انما هو نهي للسعاه ان يقسم ملك الرجل
 الواحد قسمة توجب عليه كثرة الصدقة مثل رجل يكون له مائة وعشرون شاة فيقسم عليه الى
 اربعين ثلاث مرات أو يجمع ملك رجل واحد الى ملك رجل آخر حيث يوجب الجمع
 كثرة الصدقة قالوا واذا كان هذا الاحتمال في هذا الحديث وجب الاتخصص به الاصول
 الثابتة المجمع عليها اعني ان النصاب والحق الواجب في الزكاة يعتبر بملك الرجل الواحد وأما
 الذين قالوا بالخلطة فقالوا ان لفظ الخلطة هو اظهر في الخلطة نفسها منه في الشركة واذا كان ذلك
 كذلك فقول عليه الصلاة والسلام فيهما انهما يتراجعان بالسوية مما يدل على ان الحق
 الواجب عليهما حكمه حكم رجل واحد وان قوله عليه الصلاة والسلام انهما يتراجعان
 بالسوية يدل على ان الخليطين ليسا بشريكين لان الشر يكتفي ليس يتصور بينهما تراجع إذ
 المأخوذ هو من مال الشركة فمن اقتصر على هذا المفهوم ولم يقس عليه النصاب قال الخليطان
 نمايز كيان زكاة الرجل الواحد اذا كان لكل واحد منهما نصاب ومن جعل حكم النصاب
 تابعاً لحكم الحق الواجب قال نصباهما نصاب الرجل الواحد كما ان زكاتهما زكاة الرجل

الواحد وكل واحد من هؤلاء أنزل قوله عليه الصلاة والسلام لا يجمع بين مفترق ولا يفرق بين مجتمع على ما ذهب إليه فأما مالك رحمه الله فانه قال معنى قوله لا يفرق بين مجتمع ان الخليطين يكون لكل واحد منهما مائة شاة وشاة فتكون عليهم ما فيها ثلاث شياه فاذا افترقا كان على كل واحد منهما شاة ومعنى قوله ولا يجمع بين مفترق ان يكون النفر الثلاث لكل واحد منهم أربعون شاة فاذا جمعوا كان عليهم شاة واحد فعلى مذهبه النهي انما هو متوجه نحو الخلطاء الذين لكل واحد منهم نصاب وأما الشافعي فقال معنى قوله ولا يفرق بين مجتمع أن يكون رجلا ن لهما أربعون شاة فاذا فرقا عندهما لم يجب عليهما فيها زكاة اذ كان نصاب الخلطاء عنده نصاب ملك واحد في الحكم وأما القائلون بالخلطة فانهم اختلفوا فيما هي الخلطة المؤثرة في الزكاة فاما الشافعي فقال ان من شرط الخلطة أن تختلط ما شيتهما وتراحلوا واحد وتجلبا الواحد وتسرحا لواحد وتسقيما معا وتكون حو لهما مختلطة ولا فرق عنده بالجملة بين الخلطة والشركة ولذلك لا يعتبر كمال النصاب لكل واحد من الشر يكتفي كما تقدم وأما مالك فالخليطان عنده ما اشتركا في الدلو والحوض والمراح والراعي والفحل واختلف أصحابه في مراعاة بعض هذه الاوصاف أو جميعها * وسبب اختلافهم اشتراك اسم الخلطة ولذلك لم يرقوم تأثير الخلطة في الزكاة وهو مذهب أبي محمد بن حزم الاندلسي .

(الفصل الخامس)

(في نصاب الحبوب والثمار والقدر الواجب في ذلك)

وأجمعوا على ان الواجب في الحبوب أما ما سقى بالسما فالعشر وأما ما سقى بالنضح فنصف العشر لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم وأما النصاب فانهم اختلفوا في وجوبه في هذا الجنس من مال الزكاة فصار الجمهور الى ايجاب النصاب فيه وهو خمسة أوسق والوسق ستون صاعا باجماع والصاع أربعة أمداد بمد النبي عليه الصلاة والسلام والجمهور على أن مداه رطل وثلاث وز زيادة يسيرة بالبغدادى واليه رجع أبو يوسف حين ناظره مالك على مذهب أهل العراق لشهادة أهل المدينة بذلك وكان أبو حنيفة يقول في المدائه رطلان وفي الصاع انه ثمانية أرتال وقال أبو حنيفة ليس في الحبوب والثمار نصاب * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص أما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام فيما سقت السماء العشر وفيما سقى بالنضح نصف العشر وأما الخصوص فقوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمسة أوسق

صدقة والحديثان ثابتان فمن رأى أن الخصوص يبنى على العموم قال لا بد من النصاب وهو المشهور ومن رأى أن العموم والخصوص متعارضان إذا جهل المتقدم فيهما والمتأخر إذا كان قد ينسخ الخصوص بالعموم عنده وينسخ العموم بالخصوص إذا كل ماوجب العمل به جاز نسخه والنسخ قد يكون للبعض وقد يكون للكل ومن رجح العموم قال لا نصاب ولكن حمل الجمهور عندى الخصوص على العموم هو من باب ترجيح الخصوص على العموم في الجزء الذى تعارض فيه فان العموم فيه ظاهر والخصوص فيه نص فتأمل هذا فانه السبب الذى صير الجمهور الى ان يقولوا بنى العام على الخاص وعلى الحقيقة ليس بنياً فان التعارض بينهما موجود الا أن يكون الخصوص متصلاً بالعموم فيكون استثناء واحتجاج أبى حنيفة في النصاب بهذا العموم فيه ضعف فان الحديث إنما خرج مخرج تبين القدر الواجب منه واختلعا من هذا الباب في النصاب في ثلاث مسائل . المسألة الاولى في ضم الجبوب بعضها الى بعض في النصاب . الثانية في جواز تقدير النصاب في العنب والتمر بالحرص . الثالثة هل يحسب على الرجل ما يأكله من ثمرة وزرعه قبل الحصاد والجذاذ في النصاب أم لا .

﴿ أما المسألة الاولى ﴾ فانهم اجمعوا على ان الصنف الواحد من الجبوب والتمر يجمع جيده الى رديئه وتؤخذ الزكاة عن جميعه بحسب قدر كل واحد منهما اعنى من الحيد والردىء فان كان التمر أصنافاً أخذ من وسطه واختلفوا في ضم القطاني بعضها الى بعض وفي ضم الحنطة والشعير والسلت فقال مالك القطنية كلها صنف واحد والحنطة والشعير والسلت أيضاً وقال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وجماعة القطاني كلها أصناف كثيرة بحسب اسمائها ولا يضم منها شئ الى غيره في حساب النصاب وكذلك الشعير والسلت والحنطة عندهم أصناف ثلاثة لا يضم واحد منها الى الآخر لئلا يكمل النصاب * وسبب الخلاف هل مراعاة في الصنف الواحد هو اتفاق المنافع واتفاق الاسماء فن قال اتفاق الاسماء قال كلما اختلفت اسماء فبى اصناف كثيرة ومن قال اتفاق المنافع قال كلما انفقت منافعها فبى صنف واحد وان اختلفت اسماءها فكل واحد منهما يرم أن يقر قاعدته باستقراء الشرع اعنى ان أحدهما يحتاج لذهبه بالاشياء التى اعتبر الشرع فيها الاسماء والاخر بالاشياء التى اعتبر الشرع فيها المنافع وي شبه ان يكون شهادة الشرع للاسماء فى الزكاة أكثر من شهادته للمنافع وان كان كلا الاعتبارين موجودا فى الشرع والله أعلم .

وأما المسئلة الثانية ۞ وهي تقدير النصاب بالحرص واعتباره به دون الكيل فان جمهور العلماء على اجازة الحرص في النخيل والاعتاب حين يبد صلاحيها الضرور وان يحلى بينها وبين أهلها يا كلونها رطباً وقال داود لا حرص الا في النخيل فقط وقال أبو حنيفة وصاحبا الحرص باطل وعلى رب المال ان يؤدي عشر ما تحصل بيده زاد على الحرص أو نقص منه ۞ والسبب في اختلافهم في جواز الحرص معارضة الاصول للآثار الواردة في ذلك . أما الآثار الواردة في ذلك وهو الذي تمسك به الجمهور فهو ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان : يرسل عبد الله بن رواحة وغيره الى خيبر فيحرص عليهم النخل . وأما الاصول التي تعارضه فلانه من باب المزبنة المنهي عنها وهو بيع الثمر في رؤس النخل بالتمر كيلا ولا نداء بضمان باب بيع الرطب بالتمر سيئة فيدخله المنع من التفاضل ومن السيئة وكلاهما من اصول الربا فلما رأى الكوفيون هذا مع ان الحرص الذي كان يحرص على أهل خيبر لم يكن للزكاة كانوا ليسوا بأهل زكاة قالوا يحتمل ان يكون تحميئاً ليعلم ما يبدى كل قوم من الثمار قال القاضي اما بحسب خبر مالك فالظاهر انه كان في القسمة لما روى أن عبد الله بن رواحة كان اذا فرغ من الحرص قال ان شئتم فلكم وان شئتم فلي أعني في قسمة الثمار لا في قسمة الحب . واما بحسب حديث عائشة الذي رواه أبو داود فاما الحرص لموضع النصيب الواجب عليهم في ذلك والحديث هو أمها قالت وهي تدكر شأن خير كان النبي صلى الله عليه وسلم : يبعث عبد الله بن رواحة الى يهود خيبر فيحرص عليهم النخل حين يطيب قبل ان يؤكل منه وحرص الثمار لم يخرججه الشيخان وكيفما كان فالحرص مستثنى من تلك الاصول هذا ان ثبت انه كان منه عليه الصلاة والسلام حكما منه على المسلمين فان الحكم ثبوت على أهل الذمة ليس يجب أن يكون حكما على المسلمين الا بدليل والله أعلم ولو صح حديث عتاب بن أسيد لكان جواز الحرص بينا والله أعلم وحديث عتاب بن أسيد هو انه قال امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان احرص العنب واخذ زكاته زبيبا كما تؤخذ زكاة النخل تمر او حديث عتاب بن أسيد طعن فيه لان راويه عنه هو سعيد بن المسيب وهو لم يسمع منه ولذلك لم يحجز داود حرص العنب واختلف من أوجب الزكاة في الزيتون في جواز حرصه ۞ والسبب في اختلافهم اختلافهم في قياسه في ذلك على النخل والعنب والمخرج عند الجميع من النخل في الزكاة هو التمر لا الرطب وكذلك الزبيب من العنب لا العنب نفسه وكذلك عند القائلين بوجوب الزكاة في الزيتون هو الزيت لا الحب قياساً على التمر والزبيب وقال مالك في العنب الذي لا يتربب والزيتون

الذى لا ينصرف رأى ان يؤخذ منه حياً .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ فان مالكا وأبا حنيفة قال لا يحسب على الرجل ماأكل من ثمره وزرعه قبل الحصاد في النصاب وقال الشافعي لا يحسب عليه ويترك الخارص لرب المال ماياً كل هو وأهله * والسبب في اختلافهم ما يعارض الاثار في ذلك من الكتاب والقياس أما البسنة في ذلك فارواه سبل بن أبي حنيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم : بعث أبا حنيفة خارصاً فجاء رجل فقال يا رسول الله ان أبا حنيفة قد زاد على فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ابن عمك زعم انك زدت عليه فقال يا رسول الله لنفدت ركت له قدر عريته أهله وما يطعمه المساكين وما تسقطه الرياح فقال قد زادك ابن عمك وأصفك وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اذا خرصتم فدعوا الثلث فان لم تدعوا الثلث فدعوا الربع وروى عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : قال خففوا في الخرص فان في المال العربية والاكلة والوصية والعامل والنواب وما وجب في الثمر من الحق . وأما الكتاب المعارض لهذه الاثار والقياس فتقوله تعالى « كلوا من ثمره اذا اثمر وآتوا حقه يوم حصاده » وأما القياس فلانه مال فوجب فيه الزكاة أصله سائر الاموال فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق بقدر الواجب في الزكاة والواجب منه في هذه الاجناس الثلاثة التي الزكاة مخرجة من أعيانها لم يختلفوا انها اذا خرجت من الاعيان أنفسهم انها مخزية واختلغوا هل يجوز فيها أن يخرج بدل العين القيمة أو لا يجوز فقال مالك والشافعي لا يجوز اخراج القيم في الزكوات بل المنصوص عليه في الزكوات وقال أبو حنيفة يجوز سواء قدر على المنصوص عليه أو لم يقدر * وسبب اختلافهم هل الزكاة عبادة أو حق واجب للمساكين فن قال انها عبادة قال ان أخرجه من غير تلك الاعيان لم يحز لانه اذا أتى بالعبادة على غير الجهة المأمور بها فهي فاسدة ومن قال هي حق للمساكين فلا فرق بين القيمة والعين عنده وقد قالت الشافعية لما ان تقول وان سامنا انها حق للمساكين ان الشارع إنما عاق الحق بالعين قصد امنه لتشريك الفقراء مع الاغنياء في أعيان الاموال والحنفية تقول انها خصت بالذكرا عيان الاموال تسهلاً على أرباب الاموال لان كل ذى مال انما يسهل عليه الاخراج من نوع المال الذي بين يديه ولذلك جاء في بعض الاثر انه جعل في الديعة على أهل الحل حلالاً على ما يأتي في كتاب الحدود .

﴿ الفصل السادس في نصاب العروض ﴾

والنصاب في العروض على مذهب القائلين بذلك انما هو فيما اتخذ منها للبيع خاصة على ما يقدر

قبل والنصاب فيها على مذهبيهم هو النصاب في العين اذ كانت هذه هي قيم المتعلقات ورؤس
الاموال وكذلك الخول في العروض عند الذين اوجبوا الزكاة في العروض فن مال كقال
اذ باع العروض زكاه لسنة واحدة كالحال في الدين وذلك عنده في التأخر الذي تنصبط له
اوقات شراء عروضه وأما الذين لا ينصبط لهم وقت ما يبيعونه ولا يشترونه وهم الذين يخصصون
باسم المدير حكمه هؤلاء عند مالك اذا حال عليهم الخول من يوم ابتداء تجارتهم أن يقوم ما بيده
من العروض ثم يضم الى ذلك ما بيده من العين وماله من الدين الذي يرتجى قبضه ان لم يكن عليه
دين مثله وذلك بخلاف قوله في دين غير المدير فاذا بلغ ما اجتمع عنده من ذلك نصابا أدى زكاته
وسواء انض له في عامه شيء من العين أو لم ينض بالغ نصابا أو لم يبلغ نصابا وهذا رواية ابن
الماجشون عن مالك وروى ابن القاسم عنه اذا لم يكن له ناض وكان يتجر بالعروض لم يكن
عليه في العروض شيء فهم من لم يشترط وجود الناض عنده ومنهم من شرطه والذي شرطه
منهم من اعترف به النصاب ومنهم من لم يعتبر ذلك وقال المزني زكاة العروض تكون من أعيانها
لا من أثمانها وقال الجمهور الشافعي وأبو حنيفة وأحمد والثوري والاوزاعي وغيرهم المدير
وغير المدير حكمه واحداً من اشترى عرضاً للتجارة فحال عليه الخول قومه وزكاه وقال قوم
بل يزكي ثمنه الذي ابتاعه به لا قيمته وانما لم يوجب الجمهور على المدير شيئاً لان الخول انما
يشترط في عين المال لا في نوعه وأما مالك فشبّه النوع ذهباً بالعين لثلاث تسقط الزكاة رأساً عن
المدير وهذا هو بان يكون شرعاً زائداً أشبه منه بان يكون شرعاً مستنبطاً من شرع ثابت ومثل
هذا والذي يعرفونه بالقياس المرسل وهو الذي لا يستند الى أصل منهصوص عليه في الشرع
الا ما يفعل من المصلحة الشرعية فيه ومالك رحمه الله يعتبر المصالح وان لم يستند الى أصول
منصوص عليها .

الجملة الرابعة في وقت الزكاة : وأما وقت الزكاة فان جمهور الفقهاء يشترطون في وجوب
الزكاة في الذهب والفضة والماشية الخول لثبوت ذلك عن الخلفاء الاربعة ولا تنشأه في
الصحابة رعى الله عنهم ولا تنشأه العمل به ولا اعتمادهم أن مثل هذا الانتشار من غير خلاف
لا يجوز أن يكون الا عن توقيف وقدر روى مرفوعاً من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال لازكاة في مال حتى يحول عليه الخول وهذا مجمع عليه عند فقهاء الامصار وليس
فيه في الصدر الاول خلاف الا ما روى عن ابن عباس ومعاوية * وسبب الاختلاف انه
لم يرد في ذلك حديث ثابت واختلفوا من هذا الباب في مسائل ثمانية مشهورة ؛ احداها هل

يشترط الحول في المعدن اذا قلنا ان الواجب فيه ربع العشر، الثانية في اعتبار حول ربح المال، الثالثة حول القوائد الواردة على مال تجب فيه الزكاة، الرابعة في اعتبار حول الدين اذا قلنا ان فيه الزكاة، الخامسة في اعتبار حول العروض اذا قلنا ان فيها الزكاة، السادسة في حول فائدة الماشية، السابعة في حول نسل الغنم اذا قلنا انها تنضم الى الامهات إما على رأى من يشترط أن تكون الامهات نصاباً وهو الشافعى وأبو حنيفة وإما على مذهب من لا يشترط ذلك وهو مذهب مالك، والثامنة في جواز اخراج الزكاة قبل الحول.

﴿أما المسئلة الأولى﴾ وهي المعدن فان الشافعى راعى فيه الحول مع النصاب وأما مالك فراعى فيه النصاب دون الحول * وسبب اختلاف فهم تردد شبهه بين ما تخرجه الارض مما تجب فيه الزكاة وبين التبر والفضة المتنتين فن شبهه بما تخرجه الارض لم يعتبر الحول فيه ومن شبهه بالتبر والفضة المتنتين أوجب الحول وتشبيهه بالتبر والفضة أبين والله أعلم.

﴿المسئلة الثانية﴾ وأما اعتبار حول ربح المال فانهم اختلفوا فيه على ثلاثة اقوال فرأى الشافعى ان حوله يعتبر من يوم استفيد سواء كان الاصل نصاباً أو لم يكن وهو مروى عن عمر ابن عبد العزيز انه كتب ألا يعرض لارباح التجار حتى يحول عليها الحول وقال مالك حول الربح هو حول الاصل أى اذا كمل للاصول حول زكى الربح معه سواء كان الاصل نصاباً أو أقل من نصاب اذا بلغ الاصل مع ربحه نصاباً قال أبو عبيد ولم يتابعه عليه أحد من الفقهاء الا أصحابه وفرق قوم بين أن يكون رأس المال الخائل عليه الحول نصاباً أو لا يكون فقالوا ان كان نصاباً زكى الربح مع رأس ماله وان لم يكن نصاباً لم يزك ومن قال بهذا القول الا وزاعى وأبو ثور وأبو حنيفة * وسبب اختلاف فهم تردد الربح بين أن يكون حكمه حكم المال المستفاد أو حكم الاصل فن شبهه بالمال المستفاد ابتداء قال يستقبل به الحول ومن شبهه بالاصل وهو رأس المال قال حكمه حكم رأس المال الا أن من شروط هذا التشبيه أن يكون رأس المال قد وجبت فيه الزكاة وذلك لا يكون الا اذا كان نصاباً ولذلك يضعف قياس الربح على الاصل في مذهب مالك ويشبهه أن يكون الذى اعتمده مالك رضى الله عنه في ذلك هو تشبيه ربح المال بنسل الغنم لكن نسل الغنم يختلف أيضاً فيه وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور.

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهي حول القوائد فانهم أجمعوا على أن المال اذا كان أقل من نصاب واستفيد اليه مال من غير ربحه يكمل من مجموعهما نصاب انه يستقبل به الحول من يوم كمل واختلفوا اذا استفاد مالاً وعنده نصاب مال آخر قد حال عليه الحول فقال مالك يزكى المستفاد

ان كان نصبا بالحول ولا يضم الى المال الذي وجبت فيه الزكاة وبهذا القول في التوائمه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري الثواني كذا تنزيح بحول الاصل اذا كان الاصل نصبا وكذلك الربح عندهم به وسبب اختلافهم هل حكم بحكم المال الوارد عليه أم حكم بحكم مال يرد على مال آخر فن قال حكمه حكم مال يرد على مال آخر أعني مالا فيه زكاة قال لازكاة في الفائدة ومن جعل حكمه حكم الوارد عليه وأنه مال واحد قال اذا كان في الوارد عليه الزكاة بكونه نصبا اعتبر حوله بحول المال الوارد عليه وعموم قوله عليه الصلاة والسلام: لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول يقتضي أن لا يضاف مال الى مال الا بدليل وكان أبو حنيفة اعتقد في هذا قياس الناض على الماشية ومن أصله الذي يعتمد في هذا الباب أنه ليس من شرط الحول ان يوجد المال نصبا في جميع اجزائه بل أن يوجد نصبا في طرفيه فقط وبعضاً منه في كنهه فمعه انه اذا كان مال في أول الحول نصبا ثم هلك بعضه فصار أقل من نصاب ثم استناد مالا في آخر الحول صار به نصبا انه يجب فيه الزكاة وهذا عنده موجود في هذا المال لا تعلم يستكمل الحول وهو في جميع اجزائه مال واحد بعينه بل زاد ولكن التي في طرفي الحول نصبا والظاهر أن الحول الذي اشترط في المال انما هو في مال معين لا يزيد ولا ينقص لا يربح ولا يفقد ولا يغير ذلك اذا كان المتصور بالحول هو كون المال فضلة تستغني عنه وذلك أن ما بقي حولا عند المالك لم يتغير عنده فليس به حاجة اليه فجعل فيه الزكاة فن الزكاة انما هي في فضول الاموال. وأما من رأى أن اشتراط الحول في المال انما سببه النماء فواجب عليه أن يقول تضم الثوائد فضلا عن الارباح الى الاصول وأن يعتبر النصاب في طرفي الحول فتأمل هذا فانه بين والله أعلم ولذلك رأى مالك أن من كان عنده في أول الحول ماشية تجب فيها الزكاة ثم باعها وأبدلها في آخر الحول بماشية من نوعها انما تجب فيها الزكاة فكأنه اعتبر أيضاً طرفي الحول على مذهب أبي حنيفة وأخذ أيضاً ما اعتمد أبو حنيفة في فائدة الناض التماس على فائدة الماشية على ما قلناه.

وأما المسئلة الرابعة وهي اعتبار حول الدين اذا قلنا ان فيه الزكاة فن قوما قالوا يمتيز ذلك به من أول ما كان ديناً يتركه لعدة ذلك ان كان حولا فحول وان كان أحوالا فاحوال أعني انه ان كان حولا تجب فيه زكاة واحدة وان أحوالا وجبت فيه الزكاة لعدة تلك الاحوال وقوم قالوا يتركه لعام واحد وان أقام الدين أحوالا عند الذي عنده الدين وقوم قالوا يستقبل به الحول. وأما من قال يستقبل بالدين الحول من يوم قبض فلم يقل بإيجاب الزكاة في الدين ومن

قال فيه الزكاة بعدد الاحوال التي أقام فصير الى تشبيه الدين بالمال الحاضر وأما من قال الزكاة فيه حلول واحد وان أقام أحوالا فلا أعرف له مستندا في وقتي هذا لانه لا يخلو مادام ديننا أن يقول ان فيه زكاة أولا يقول ذلك فان لم يكن فيه زكاة فلا كلام بل يستأنف به وان كان فيه زكاة فلا يخلو أن يشترط فيها الحل أولا يشترط ذلك فان اشترطنا وجب أن يعتبر عدد الاحوال الا أن يقول كلما انتضى حول فلم يتمكن من أدائه سقط عنه ذلك الحق اللازم في ذلك الحل فان الزكاة وجبت بشرطين حضور عين المال وحلول الحل فلم يبق الا حق العام الاخير وهذا يشبهه مالك بالعرض التي للتجارة فاهلالتجربة عندنا فيها زكاة الاداء اعياها وان أقامت عنده أحوالا كثيرة وفيه شبهة ما بالماشية التي لا يأتي الساعي اعواما اليها ثم يأتي فيجدها قد انتصت فانه يزكي على مذهب مالك الذي وجد فقط لانهم لما أن حال عليها الحل فيما تقدم ولم يتمكن من اخراج الزكاة كان محجىء الساعي شرطا عنده في اخراجها مع حلول الحل سقط عنه حتى ذلك الحل الحاضر وحوسب به في الاعوام السالفة كان الواجب فيها أقل أو أكثر اذا كانت ما تحب فيه الزكاة وهو شئ يجري على غير قياس وانما اعتبر مالك فيه العمل ، وأما الشافعي فيرادضا من لا يندليس محجىء الساعي شرطا عنده في الوجوب وعلى هذا كل من رأى انه لا يجوز أن يخرج زكاة ماله الا بان يدفعها الى الامام فعدم الامام أو عدم الامام العادل ان كان ممن شرط العدل في ذلك انه ان هلك بعد اقتضاء الحل وقبل التمكن من دفعها الى الامام فلا شئ عليه ومالك تنقسم عنده زكاة الديون لهذه الاحوال الثلاثة أعني أن من الديون عنده ما زكي لعام واحد فقط مثل ديون التجارة، ومنها ما يستقبل بها الحل مثل ديون الموارث ، والثالث دين المدير وتحصيل قوله في الديون ليس بغرضنا .

المسئلة الخامسة : وهي حول العروض وقد تقدم القول فيها عند القول في نصاب العروض .
 وأما المسئلة السادسة : وهي فوائد الماشية فان مذهب مالك فيها بخلاف مذهبه في فوائد الناض وذلك انه يبنى الفائدة على الاصل اذا كان الاصل نصيبا كما يفعل أبو حنيفة في فائدة الدراهم وفي فائدة الماشية فابو حنيفة مذهبه في الفوائد حكم واحد أعني انها تبنى على الاصل اذا كانت محابا كانت فائدة غنم أو فائدة ناض والارباح عنده والاسل كالفوائد وأما مالك فالربح والنسل عنده حكمهما واحد ويفرق بين فوائد الناض وفوائد الماشية وأما الشافعي فالارباح والفوائد عنده حكمهما واحد باعتبار حوّلها بأنفسهما وفوائد الماشية ونسلهما واحد أيضا باعتبار حوّلها بالاصل اذا كان نصيبا فهذا هو تحصيل مذهب هؤلاء

الفتية الثلاثة وكأنه إنما فرق مالك بين الماشية والتااض انباء العمر والافانتياس فيهما واحد أعنى ان الرخ يشبه بالنسل والنائدة بالتائدة وحديث عمر هذا هو انه أمر أن يعد عليهم بالسخال ولا يأخذ منها شيئا وقد تقدم الحديث في باب النصاب

﴿المسئلة السابعة﴾ وهي اعتبار حول نسل الغنم فان مالكا قال حول النسل هو دخول الامهات كانت الامهات نصابا أو لم تكن كما قال في ربح الناض وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور لا يكون حول النسل حول الامهات الا أن تكون الامهات نصابا وسبب اختلافهم هو بعين سبب اختلافهم في ربح المال .

﴿وأما المسئلة الثامنة﴾ وهي جواز اخراج الزكاة قبل الحول فان مالكا منع ذلك وجوزده أبو حنيفة والشافعي * وسبب الخلاف هل هي عبادة أو حق واجب للمساكين فمن قال عبادة وشبهها بالصلاة لم يحز اخراجها قبل الوقت ومن شبهها بالحقوق الواجبة المؤجلة أجاز اخراجها قبل الاجل على جهة التطوع وقد احتج الشافعي لرأيه بحديث علي أن النبي عليه الصلاة والسلام: استسلف صدقة العباس قبل محلها .

﴿الجملة الخامسة فيمن تجب له الصدقة﴾ والكلام في هذا الباب في ثلاثة فصول الاول في عدد الاصناف الذين تجب لهم ، الثاني في صفتهم التي تقتضى ذلك ، الثالث كم يجب لهم

(الفصل الاول)

فاما عددهم فهم الثمانية التي نص الله عليهم في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية واختلفوا من العدد في مستلتين ، احدهما هل يجوز أن تصرف جميع الصدقة الى صنف واحد من هؤلاء الاصناف أم هم شركاء في الصدقة لا يجوز أن يخص منهم صنف دون صنف فذهب مالك وأبو حنيفة الى انه يجوز للامام أن يصرفها في صنف واحد أو أكثر من صنف واحد اذا رأى ذلك بحسب الحاجة وقال الشافعي لا يجوز ذلك بل يقسم على الاصناف الثمانية كما سمي الله تعالى * وسبب اختلافهم معارضة اللفظ للمعنى فان اللفظ يقتضى القسمة بين جميعهم والمعنى يقتضى أن يؤثر بها أهل الحاجة اذ كان المقصود به سد الحاجة فكان تعديدهم في الآية عندهم هؤلاء انما ورد لتمييز الجنس أعنى أهل الصدقات لا لتشريكهم في الصدقة فالاول أظهر من جهة اللفظ وهذا أظهر من جهة المعنى ومن الجهة للشافعي ما رواه أبو داود عن الصمداني أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم أن يعطيه من الصدقة فقال له

رسول الله صلى الله عليه وسلم: ان الله لم ير ض يحكم نبي ولا غيره في الصدقات حتى حكم فيها
فجزأها ثمانية اجزاء فان كنت من تلك الاجزاء أعطيتك حقتك .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فهل المؤلفة قلوبهم حقهم باق الى اليوم أم لا فقال مالك لا مؤلفة
اليوم وقال الشافعي وابو حنيفة بلى حق المؤلفة باق الى اليوم اذ رأى الامام ذلك وهم الذين
يتألفهم الامام على الاسلام * وسبب اختلافهم هل ذلك خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم
أو عام له ولسائر الامة والاظهر انه عام وهل يجوز ذلك للامام في كل أحواله أو في حال دون
حال أعنى في حال الضعف لا في حال القوة ولذلك قال مالك لا حاجة الى المؤلفة الا كن لقوة
الاسلام وهذا كما قلنا التفات منه الى المصالح .

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما صفاتهم التي يستوجبون بها الصدقة ويمنعون منها باضدادها فاحدها الفقر الذي هو ضد
الغنا لقوله تعالى « انما الصدقات للفقراء والمساكين » واختلفوا في الغنى الذي تجوز له الصدقة
من الذي لا تجوز وما مقدار الغنا المحرم للصدقة فاما الغنى الذي تجوز له الصدقة فان الجمهور على
انه لا تجوز الصدقة للأغنياء باجمعهم الا للحمس الذي نص عليهم النبي عليه الصلاة والسلام
في قوله: لا تحل الصدقة لغنى الخمسة، لغاز في سبيل الله، أو لعامل عليها، أو لغارم، أو لرجل له
جار مسكين فتصدق على المسكين فاهدى المسكين للغنى وروى عن ابن القاسم انه لا يجوز أخذ
الصدقة لغنى أصلاً مجاهداً كان أو عاملاً والذين أجازوا ذلك للعامل وإن كان غنياً أجازوها
للقصاة ومن في معناهم ممن المنفعة بهم عامة للمسلمين ومن لم يجز ذلك فقياس ذلك عنده هو
أن لا تجوز لغنى أصلاً * وسبب اختلافهم هو دل العلة في إيجاب الصدقة للأصناف
المذكورين هو الحاجة فقط أو الحاجة والمنفعة العامة فمن اعتبر ذلك بأهل الحاجة المنصوص
عليهم في الآية قال الحاجة فقط ومن قال الحاجة والمنفعة العامة توجب أخذ الصدقة اعتبر
المنفعة للعامل والحاجة بسائر الأصناف المنصوص عليهم وأما حد الغنا الذي يمنع من الصدقة
فذهب الشافعي الى أن المانع من الصدقة هو أقل ما ينطاق عليه الاسم وذهب أبو حنيفة الى
أن الغنا هو ملك النصاب لانهم الذين سماهم النبي عليه الصلاة والسلام أغنياء لقوله في حديث
معاذله فأخبرهم أن الله فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم وإذا كان
الأغنياء هم الذين هم أهل النصاب وجب أن يكون الفقراء ضدهم وقال مالك ليس في ذلك حد
انما هو راجع الى الاجتهاد * وسبب اختلافهم هل الغنا المانع هو معنى شرعي أم معنى لغوي

فمن قال معنى شرعى قال وجود النصاب هو الغنا ومن قال معنى لغوى اعتبر فى ذلك أقل ما ينطق عليه الاسم فمن رأى أن أقل ما ينطق عليه الاسم هو محدود فى كل وقت وفى كل شخص جعل حده هذا ومن رأى أنه غير محدود وان ذلك يختلف باختلاف الحالات والحاجات والأشخاص والأمكنة والأزمنة وغير ذلك قال هو غير محدود وأن ذلك راجع الى الاجتهاد وقد روى أبو داود فى حديث الغنا الذى يمنع الصدقة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ملك خمسين درهماً وفى أثر آخر أنه ملك أوقية وهى أربعون درهماً وأحسب أن قولاً قالوا بهذه الآثار فى حد الغنا واختلفوا من هذا الباب فى صفة الفقير والمسكين والفصل الذى بينهما فقال قوم الفقير أحسن حالاً من المسكين وبه قال البغداديون من أصحاب مالك وقال آخرون المسكين أحسن حالاً من الفقير وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعى فى أحد قوليهِ وفى قوله الثانى أنهما اسمان دالان على معنى واحد وإلى هذا ذهب ابن القاسم وهذا النظر هو لغوى أن لم تكن له دلالة شرعية والأشبه عند استقراء اللغة أن يكونا اسمين دالين على معنى واحد يختلف بالقل والكثر فى كل واحد منهما لا أن هذا راتب من أحدهما على قدر غير القدر الذى الآخر راتب عليه . واختلفوا فى قوله تعالى وفى الرقاب فقال مالك هم العبيد يعقتهم الأمام ويكون ولائهم للمسامين وقال الشافعى وأبو حنيفة هم المكاتبون وابن السبيل هو عندهم المسافر فى طاعة ينفذ زاده فلا يجد ما ينفقه و بعضهم يشترط فيه أن يكون ابن السبيل جار الصدقة وأما فى سبيل الله فقال مالك سبيل الله مواضع الجهاد والرباط وبه قال أبو حنيفة وقال غيره الحجاج والعمار وقال الشافعى هو الغازى جار الصدقة وإنما اشترط جار الصدقة لأن عندا كثرهم أنه لا يجوز تنقيص الصدقة من بلد الى بلد إلا من ضرورة .

(الفصل الثالث)

وأما قدر ما يعطى من ذلك أما الغارم فيقدر ما عليه إذا كان دينه فى طاعة وفى غير سرف بل فى أمر ضرورى وكذلك ابن السبيل يعطى ما يحمله الى بلده ويشبه أن يكون ما يحمله الى مغراه عند من جعل ابن السبيل الغازى واختلفوا فى مقدار ما يعطى المسكين الواحد من الصدقة فلم يحدد مالك فى ذلك حداً وصرفه الى الاجتهاد وبه قال الشافعى قال وسواء كان ما يعطى من ذلك نصاباً أو أقل من نصاب وكره أبو حنيفة أن يعطى أحد من المساكين مقدار نصاب من الصدقة وقال الثورى لا يعطى أحداً أكثر من خمسين درهماً وقال الليث يعطى ما يتابع به خادماً

إذا كان ذاعيال وكانت الزكاة كثيرة وكان أكثرهم مجتمعون على أنه لا يجب أن يعطى عطية يصير بها من الغنا في مرتبة من لا تجوز له الصدقة لأن ما حصل له من ذلك المال فرق القدر الذي حو به من أهل الصدقة صار في أول مراتب الغنا فهو حرام عليه وإنما اختلفوا في ذلك لاختلافهم في هذا القدر فهذه المسئلة كانت بيني على معرفة أول مراتب الغنا وأما العامل عليها فلا خلاف عند الفقهاء أنه إنما يأخذ بقدر عمله فهذا ما رأينا أن ثبتته في هذا الكتاب وإن تذكرنا شيئاً مما يشار كل غرضنا لاحتنا به إن شاء الله تعالى .

﴿ كتاب زكاة الفطر ﴾

والكلام في هذه الزكاة يتعلق بقصود ، أحدها في معرفة حكمها ، والثاني في معرفة من تجب عليه ، والثالث كم تجب عليه ومما ذانجب عليه ، والرابع متى تجب عليه ، والخامس من تجوز له .

﴿ الفصل الاول ﴾

فأما زكاة الفطر فإن الجمهور على أنها فرض وذهب بعض المتأخرين من أصحاب مالك إلى أنها سنة وبه قال أهل العراق وقال قوم هي منسوخة بالزكاة * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ثبت من حديث عبد الله بن عمر أنه قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر على الناس من رمضان صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير على كل حر أو عبد ذكر أو أنثى من المسلمين وظاهر هذا يقتضي الوجوب على مذهب من يقدر صاحب في فهم الوجوب أو الندب من أمره عليه الصلاة والسلام إذا لم يحد لنا لفظه وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في حديث الأعرابي المشهور وذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن زكاة قال هل على غيرهما قال لا إلا أن تطوع فذهب الجمهور إلى أن هذه الزكاة داخلية تحت الزكاة المقررة وذهب الغير إلى أنها غير داخلية واحتجوا في ذلك بما روى عن قيس بن سعد بن عبادة أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا بها قبل نزول الزكاة فلما نزلت آية الزكاة لم نؤمر بها ولم ننه عنها ونحن تفعله .

﴿ الفصل الثاني ﴾

فمن تجب عليه وغنم تجب وأجمعوا على أن المسلمين مخاطبون بها ذكرانا كانوا أو إناثا صغاراً أو كباراً عبيداً أو أحراراً الحديث ابن عمر المتقدم إلا ما شذ فيه الليث فقال ليس على أهل

العمود زكاة الفطر وإنما هي على أهل القرى ولا حجة له وما شد أيضاً من قول من لم يوجبها
 على اليتيم وأما من تجب فاتهم اتفقوا على أنها تجب على المرء في نفسه وأنها زكاة بدن لا زكاة
 مال وأنها تجب في ولده الصغار عليه إذا لم يكن لهم مال وكذلك في عبيده إذا لم يكن لهم مال
 واختلوا فيه أسرى ذلك وتلخيص مذهب مالك في ذلك أنه يلزم الرجل عن الزمة الشرع
 النفقة عليه ووافقه في ذلك الشافعي وإنما يختلفان من قبل اختلاف فهم فحين تلزم المرأة نفقة إذا
 كان معسراً ومن ليس تلزمه وخالفه أبو حنيفة في الزوجة وقال تؤدي عن نفسها وبخالقهم أبو ثور
 في العبد إذا كان له مال فقال إذا كان له مال زكى عن نفسه ولم يزك عنه سيده وبه قال أهل
 الظاهر والجمهور على أنه لا تجب على المرء في أولاده الصغار إذا كان لهم مال زكاة فطر وبه قال
 الشافعي وأبو حنيفة ومالك وقال الحسن هي على الأب وإن أعطاه من مال الابن فهو من
 وليس من شرط هذه الزكاة العنا عند أكثرهم ولا انصاب بل أن تكون فضلاً عن قوته وقوت
 عياله وقال أبو حنيفة وأصحابه لا تجب على من تجوز له الصدقة لأنه لا يجتمع أن تجوز له وأن تجب
 عليه وذلك بين والله أعلم وإنما اتفق الجمهور على أن هذه الزكاة ليست بلزمة لمكلف مكف
 في دانه فقط كالحال في سائر العبادات بل ومن قبل غيره لا يجابها على الصغير والعبيد فمن فهم
 من هذا أن علة الحكم بالولاية قال الولي يلزمه إخراج الصدقة على كل من يليه ومن فهم من
 هذه النفقة قال المنفق يجب أن يخرج الزكاة عن كل من ينفق عليه بالشرع وإنما عرض هذا
 الاختلاف لأنه اتفق في الصغير والعبد وهما اللذان نها على أن هذه الزكاة ليست معلقة
 بذات المكف فقط بل ومن قبل غير ذلك وجدت الولاية فيها وجوب النفقة فذهب مالك
 إلى أن العلة في ذلك وجوب النفقة وذهب أبو حنيفة إلى أن العلة في ذلك الولاية ولذلك اختلفوا
 في الزوجة وقدر روى مرفوعاً: أدّوا زكاة الفطر عن كل من تمونون ولكنه غير مشهور،
 واختلفوا من العبد في مسائل. أحدها: كيف قلنا وجوب زكاته على السيد إذا كان له مال وذلك
 مبنى على أنه يملك أولاً يملك، وإثباته في العبد الكافر هل يؤدي عنه زكاته أم لا فقال مالك
 والشافعي وأحمد ليس على السيد في العبد الكافر زكاة وقال الكوفيون عليه الزكاة فيه
 والسبب في اختلافهم اختلاف فهم في الزيادة الواردة في ذلك في حديث ابن عمر وهو قوله من
 المسلمين فإنه قد خولف فيها نافع فكان ابن عمر أيضاً الذي هو راوى الحديث من مذهبه
 إخراج الزكاة عن العبد الكفار وللخلاف أيضاً سبب آخر وهو كون الزكاة الواجبة على
 السيد في العبد هل هي لمكان أن العبد مكلف أو أنه مال فن قال لمكان أنه مكلف اشترط

الاسلام ومن قال لمكان انه مال لم يشترطه قالوا ويدل على ذلك اجماع العلماء على أن العبد اذا أعتق ولم يخرج عنه مولاد زكاة الفطر انه لا يلزمه اخر اجها عن نفسه بخلاف الكفارات، والثالثة في المكاتب فان مالكا وأما نور قال لا يؤدى عنه سيده زكاة الفطر وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد لا زكاة عليه فيه * والسبب في اختلافهم تردد المكاتب بين الحر والعبد، والرابعة في عبيد التجارة ذهب مالك والشافعي وأحمد الى أن على السيد فيهم زكاة الفطر وقال أبو حنيفة وغيره ليس في عبيد التجارة صدقة * وسبب الخلاف معارضة القياس للعموم وذلك أن عموم اسم العبد يقتضى وجوب الزكاة في عبيد التجارة وغيرهم وعند أبي حنيفة أن هذا العموم مخصوص بالقياس وذلك هو اجتماع زكائين في مال واحد وكذلك اختلفوا في عبيد العبد وفروع هذا الباب كثيرة .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما ما ذكروه فان قوما ذهبوا الى أنها تجب امامن الرأوس النمر أو الشعير أو الزبيب أو الأقط وأن ذلك على التخيير للذي تجب عليه وقوم ذهبوا الى أن الواجب عليه هو عالق قوت البلد أو قوت المكف اذا لم يقدر على قوت البلد وهو الذى حكاه عبد الوهاب عن المذهب * والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم حديث أبي سعيد الخدرى انه قال: كما يخرج زكاة الفطر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعاً من طعام أو صاعاً من شعير أو صاعاً من أقط أو صاعاً من تمر فمن فهم من هذا الحديث التخيير قال أى اخرج من هذه أجزأ عنه ومن فهم منه أن اختلاف المخرج ليس سببه الاماحة وانما سببه اعتبار قوت المخرج أو قوت غالب البلد قال بالقول الثانى وأما كم يجب فان العلماء اتفقوا على انه لا يؤدى في زكاة الفطر من النمر والشعير أقل من صاع لثبوت ذلك في حديث ابن عمر واختلفوا في قدر ما يؤدى من التمر فقال مالك والشافعي لا يحزى منه أقل من صاع وقال أبو حنيفة وأصحابه يحزى من التمر نصف صاع * والسبب في اختلافهم تعارض الآثار وذلك انه جاء في حديث أبى سعيد الخدرى انه قال: كما يخرج زكاة الفطر في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعاً من طعام أو صاعاً من شعير أو صاعاً من أقط أو صاعاً من تمر أو صاعاً من زبيب وظاهره انه أراد بالطعام التمر وروى الزهرى أيضاً عن أبى سعيد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في صدقة الفطر صاعاً من بر بين اثنين أو صاعاً من شعير أو تمر عن كل واحد خرجه ابو

داود وروى عن ابن المسيب انه قال: كانت صدقة النضر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف صاع من حنطة أو صاعاً من شعير أو صاعاً من تمر فمن أخذ به هذه الأحاديث قال نصف صاع من البر ومن أخذ بظاهر حديث أبي سعيد وقاس البر في ذلك على الشعير سوى بينهم في البرجوب .

﴿الفصل الرابع﴾

وأما متى يجب اخراج زكاة النظر فانهم اختلفوا على انها تجب في آخر رمضان لحديث ابن عمر: فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة النظر من رمضان واختلفوا في تحديد الوقت قال مالك في رواية ابن القاسم عنه تجب بطالع الفجر من يوم النظر وروى عنه أشهب انها تجب بغروب الشمس من آخر يوم من رمضان وبالأول قال أبو حنيفة والثاني قال الشافعي: وسبب اختلافهم هل هي عبادة متعلقة بيوم العيد أو بخروج شهر رمضان لأن ليلة العيد ليست من شهر رمضان وقائدة هذا الاختلاف في المولود يولد قبل النجم من يوم العيد وبعد مغيب الشمس هل تجب عليه أم لا تجب .

﴿الفصل الخامس﴾

وأما من تصرف فأجمعوا على انها تصرف لفقراء المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام: أغنهم عن السؤال في هذا اليوم واختلفوا هل تجوز لفقراء الذمة والجمهور على أنها لا تجوز لهم وقال أبو حنيفة تجوز لهم .- وسبب اختلافهم هل سبب جوازها هو الفقر فقط أو الفقر والاسلام معاً فمن قال الفقر والاسلام لم يحزها للذميين ومن قال الفقر فقط أجازها لهم واشترط قوم في أهل الذمة الذين تجوز لهم ان يكونوا رهبانا وأجمع المسلمون على أن زكاة الأموال لا تجوز لأهل الذمة لقوله عليه الصلاة والسلام: صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم

(بسم الله الرحمن الرحيم) وصلي الله على محمد وآله وسلم تسليماً

﴿كتاب الحج﴾

والنظر في هذا الكتاب في ثلاثة أجناس، الجنس الأول، يشتمل على الأشياء التي تجري من هذه العبادة بحري المقدمات التي تجب معرفتها لعمل هذه العبادة، الجنس الثاني في الأشياء التي تجري منها بحري الأركان وهي الأمور المعمولة أنفسها والأشياء المتركة: الجنس الثالث في الأشياء التي يجري منها بحري الأمور اللاحقة وهي أحكام الأفعال وذلك أن كل عبادة فانها توجد مشتملة على هذه الثلاثة الأجناس .

﴿الجنس الأول﴾ وهذا الجنس يشتمل على شيئين على معرفة الوجوب وشروطه وعلى من يجب ومتى يجب فاما وجوبه فلا خلاف فيه لقوله سبحانه «ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً» وأما شروط الوجوب فان الشرط قسمان شروط صحة وشروط وجوب فاما شروط الصحة فلا خلاف بينهم ان من شرطه الاسلام اذ لا يصح حج من ليس بمسلم واختلفوا في صحة وقوعه من الصبي فذهب مالك والشافعي الى جواز ذلك ومنع منه أبو حنيفة * وسبب الخلاف هارضة الاثر في ذلك للاصول وذلك ان من أجاز ذلك أخذ فيه بحديث ابن عباس المشهور خرجه البخاري ومسلم وفيه أن امرأة رفعت إليه عليه الصلاة والسلام صبياً فقالت ألهذا حج يا رسول الله قال نعم ولك أجر ومن منع ذلك تمسك بان الأصل هو أن العبادة لا تصح من غير عاقل وكذلك احتج أصحاب مالك في صحة وقوعها من الطفل الرضيع وينبغي أن لا يختلف في صحة وقوعه ممن يصح وقوع الصلاة منه وهو كما قال عليه الصلاة والسلام من السبع الى العشر وأما شروط الوجوب فيشترط فيها الاسلام على القول بان الكفار مخاطبون بشرائع الاسلام ولا خلاف في اشتراط الاستطاعة في ذلك لقوله تعالى «من استطاع إليه سبيلاً» وان كان في تفصيل ذلك اختلاف وهي بالجملة تنصور على نوعين مباشرة ونياية فاما المباشرة فلا خلاف عندهم ان من شرطها الاستطاعة بالبدن والمال مع الامن واختلفوا في تفصيل الاستطاعة بالبدن والمال فقال الشافعي وأبو حنيفة واحمد وهو قول ابن عباس وعمر بن الخطاب ان من شرط ذلك ان زاد والراحلة وقال مالك من استطاع المشى فليس وجود الراحلة من شرط الوجوب في حقه بل يجب عليه الحج وكذلك ليس الزاد

عنده من شرط الاستطاعة اذا كان ممن يمكنه الا كتب في طريقه ولو بالسؤال وانسب في هذا الخلاف معارضة الاثر اورد في تفسير الاستطاعة لعموم لفظها وذلك انه ورد اثر عنه عليه الصلاة والسلام انه سئل ما الاستطاعة فقال الزاد والراحلة فحمل ابو حنيفة والشافعي ذلك على كل مكلف وحمله مالك على من لا يستطيع المشي ولا له قدرة على الاكتساب في طريقه واثبت الشافعي هذا الرأي لان من مذهبه اذا اورد الكتاب مجعلا فوردت السنة بتفسير ذلك اجمل اذ ليس ينبغي العدول عن ذلك لتفسيره وأما وجوبه باستطاعة النيابة مع العجز عن المباشرة فعند مالك وأبي حنيفة انه لا يلزم النيابة اذا استطاعت مع العجز عن المباشرة عند الشافعي انها تلزم فيلزم على مذهبه ان الذي عنده مال يقدر أن يحج به عنه غير اذا لم يقدر هو ببدنه ان يحج عنه غيره بانوان وجد من يحج عنه بماله وببدنه من أخ أو قريب سقط ذلك عنه وهي المستدات التي يعرفونها بالمعصوب وهو الذي لا يثبت على الراحلة وكذلك عنده الذي يأتيه الموت ولم يحج يلزم ورثته عنده أن يخرجوا من ماله بمحج به عنه وبسبب الخلاف في هذا معارضة القياس لا اورد ذلك ان القياس يقتضي ان العبادات لا يتوب فيها أحد عن أحد فانه لا يصلي أحد عن أحد باتفاق ولا يركي أحد عن أحد. وأما الاثر في ارض لهذا الحديث ابن عباس المشهور خرجه الشيخان وفيه ان امرأة من خثعم قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله فريضة الله في الحج على عباده ادر كنت أبي شيخاً كبيراً لا يستطيع أن يشبث على الراحلة أفأحج عنه قل نعم وذلك في حجة الوداع فمذا في الحى وأما في الميت فحديث ابن عباس أيضاً خرجه البخارى قل جاءت امرأة من جينة الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان أمي نذرت أحج فتمت أفأحج عنها قل حجي عنها رأيت لو كان عليها دين أكنت قاضيته دين الله أحق بالتضامن ولا خلاف بين المسلمين انه يقع عن الغير تطوعاً وانما الخلاف في وقوعه فرضاً واختلوا من هذا الباب في الذي يحج عن غيره سواء كان حياً أو ميتاً هل من شرطه أن يكون قد حج عن نفسه أم لا فذهب بعضهم الى أن ذلك ليس من شرطه وان كان قد أدى القرض عن نفسه فذلك أفضل وبه قال مالك فممن يحج عن الميت لان الحج عنده عن الحى لا يقع وذهب آخرون الى أن من شرطه أن يكون قد قضى فريضة نفسه وبه قال الشافعي وغيره انه ان حج عن غيره ممن لم يتضر فرض نفسه انقلب الى فرض نفسه وعمدة هؤلاء حديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع رجلاً يقول: ليبيك عن شيرمة قال ومن شيرمة فقال أخلى أو قل قريب لي قل أفحججت عن نفسك قل لا قال فحج عن نفسك

ثم حج عن شبرمة والطائفة الاولى علت هذا الحديث بانه قد روى موقوفا على ابن عباس واختله وامن هذا الباب في الرجل يؤاجر نفسه في الحج فكره ذلك مالك والشافعي وقالان وقع ذلك جاز ولم يحجز ذلك أبو حنيفة وعمدته انه قرابة الى الله عز وجل فلا تجوز الاجارة عليه وعمدة الطائفة الاولى اجماعهم على جواز الاجارة في كتب المصاحف وبناء المساجد وهي قرابة والاجارة في الحج عند مالك نوعان، أحدهما الذي يسميه أصحابه على البلاء وهو الذي يؤاجر نفسه على ما يبلغه من الزاد والراحلة فان قص ما أخذه عن البلاء وفاده ما يبلغه وان فضل عن ذلك شيء عرده، والثاني على سنة الاجارة ان نقص شيء وفاده من عنده وان فضل شيء فله والجمهور على أن العبد لا يلزمه الحج حتى يعتق وأوجهه عليه بعض أهل الظاهر فهذه معرفة على من تجب هذه القرية ومن تقع وأمامتي بحب فانهم اختلوا هل هي على الفور أو على التراخي والقولان متأولان على مالك وأصحابه والظاهر عند المتأخرين من أصحابه انها على التراخي وبالقول انها على الفور قال البغداديون من أصحابه واختلف في ذلك قول رأي حنيفة وأصحابه والمختار عندهم انه على الفور وقال الشافعي هو على التوسعة وعمدة من قال هو على التوسعة ان الحج فرض قبل حج النبي صلى الله عليه وسلم بسنين فلو كان على الفور لما أخره النبي عليه الصلاة والسلام ولو أخره لعذر لبيته وحجة العرق الثاني انه لما كان مختصاً بوقت كان الاصل تأنيب تاركه حتى يذهب الوقت أصله وقت الصلاة والعرق عند الفري الثاني بينه وبين الامر بالصلاة انه لا يتكرر وجوبه بتكرار الوقت والصلاة يتكرر وجوبها بتكرار الوقت وبالجملة فمن شبهه أول وقت من أوقات الحج الطارئة على المكف المستطيع باول الوقت من الصلاة قال هو على التراخي ومن شبهه بآخر الوقت من الصلاة قال هو على الفور ووجه شبهه بآخر الوقت انه ينقضي بدخول وقت لا يجوز فيه فعله كما ينقضي وقت الصلاة بدخول وقت ليس يكون فيه المصلي مؤديا ويحجب هؤلاء بالمر الذي يلحق المكف بتأخيرهم الى عام آخر بما يغلب على الظن من امكان وقوع الموت في مدة من عام ويزرون انه بخلاف تأخير الصلاة من أول الوقت الى آخره لان الغالب انه لا يموت أحد في مقدار ذلك الزمان الا نادراً أو بما قالوا ان التأخير في الصلاة يكون مع مصاحبة الوقت الذي يؤدي فيه الصلاة والتأخير هاهنا يكون مع دخول وقت لا تصح فيه العبادة فهو ليس بشبهه في هذا الامر المطلق وذلك ان الامر المطلق عند من يقول انه على التراخي ليس يؤدي التراخي فيه الى دخول وقت لا يصح فيه وقوع المأمور فيه كما يؤدي التراخي في الحج اذا دخل وقته فأخره

المكف الى قابل فليس الاختلاف في هذه المسئلة من باب اختلافهم في مطلق الامر هل هو على الفور أو على التراخي كما قد يظن واختلفوا من هذا الباب هل من شرط وجوب الحج على المرأة أن يكون معها زوج أو ذو محرم منها يطاوعها على الخروج معها الى السفر للحج فقال مالك والشافعي ليس من شرط الوجوب ذلك وتخرج المرأة الى الحج اذا وجدت رفقة مأمونة وقال أبو حنيفة واحد وجماعة وجود ذى المحرم ومطاوعته لها شرط في الوجوب * وسبب الخلاف معارضة الامر بالحج والسفر اليه للنهي عن سفر المرأة ثلاثا لا مع ذى محرم وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبي سعيد الخدري وأبي هريرة وابن عباس وابن عمر انه قال عليه الصلاة والسلام: لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تسافر الا مع ذى محرم فمن غلب عموم الامر قال تسافر للحج وان لم يكن معها ذو محرم ومن خصص العموم بهذا الحديث أو رأى انه من باب تفسير الاستطاعة قال لا تسافر للحج الا مع ذى محرم فقد قلنا في وجوب هذا النسك الذي هو الحج وبأى شئ يجب وعلى من يجب ومتى يجب وقد بقي من هذا الباب القول في حكم النسك الذي هو العمرة فان قوما قالوا انه واجب وبه قال الشافعي واحمد وأبو ثور وأبو عبيد والثوري والاوزاعي وهو قول ابن عباس من الصحابة وابن عمر وجماعة من التابعين وقال مالك وجماعة هي سنة وقال أبو حنيفة هي تطوع وبه قال أبو ثور وداود فمن أوجبها احتج بقوله تعالى (وأتموا الحج والعمرة لله) وبأثر مروية منها ما روى عن ابن عمر عن أبيه قال: دخل اعرابي حسن الوجه ابيض الثياب على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما الا سلام يا رسول الله فقال أن تشهد أن لا اله الا الله وأن محمداً رسول الله وتقيم الصلاة وتؤتي الزكاة وتصوم شهر رمضان وتحج وتعمر وتغتسل من الجنابة وذكرك عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن قتادة انه كان يحدث أنه لما نزلت ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنان حجة وعمرة فمن قضاهما فقد قضى الفريضة وروى عن زيد بن ثابت عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: الحج والعمرة فرضتان لا يضرك بأيهما بدأت وروى عن ابن عباس العمرة واجبة وبعضهم يرفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم وأما حجة الفريضة الثانية وهم الذين يرون أنها ليست واجبة قالوا حديث المشهورة الثابتة الواردة في تعدي فرائض الاسلام من غير أن يذكر منها العمرة مثل حديث ابن عمر بنى الاسلام على خمس فذكر الحج مفرداً ومثل حديث السائل عن الاسلام فان في بعض طرقه وان حج البيت وربما قالوا ان الامر بالتمام ليس يقتضى الوجوب لان هذا يخص السنن والفرائض

أعني اذا شرع فيها أن تتم ولا تقطع * واحتج هؤلاء أيضاً أعني من قال انها سنة بتأثيرها حديث الحجاج بن ارطاة عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله قال سأل رجل النبي صلى الله عليه وسلم عن العمرة أو اجبة هي قال لا ولان تعمر خير لك قال ابن عمر وليس هو حجة فيما انفرد به وربما احتج من قال انها تطوع بما روى عن أبي صالح الحنفى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج واجب والعمره تطوع وهو حديث منقطع فبسبب الخلاف في هذا هو تعارض الآثار في هذا الباب وتردد الأمر بالتمام بين أن يقتضى الوجوب أم لا يقتضيه

﴿القول في الجنس الثاني﴾

(وهو تعريف أفعال هذه العبادة في نوع نوع منها والتروك المشتركة فيها) وهذه العبادة كما قلنا صنفان حج وعمره والحج ثلاثة أصناف افراد وتمتع وقران وهي كلها تشتمل على أفعال محدودة في أكمة محدودة وأوقات محدودة ومنها فرض ومنها غير فرض وعلى تروك تشترط في تلك الأفعال ولكل هذه أحكام محدودة اما عند الإخلال بها واما عند الطوارئ المانعة منها فهذا الجنس ينقسم أولاً الى القول في الأفعال والى القول في التروك وأما الجنس الثالث فهو الذى يتضمن القول في الأحكام فلنبداً بالأفعال وهذه منها ما تشترك فيه هذه الأربعة الأنواع من النسك أعني أصناف الحج الثلاث والعمره ومنها ما يختص بواحد واحد منها فلنبداً من القول فيها بالمشترك ثم نصير الى ما يخص واحداً واحداً منها فنقول ان الحج والعمره أول أفعالهما الفعل الذى يسمى الاحرام .

﴿القول في شروط الاحرام﴾

والأحرام شروطه الأول المسكان والزمان أما المسكان فهو الذى يسمى مواقيت الحج فلنبداً بهذا فنقول ان العلماء بالجملة مجمعون على أن المواقيت التى منها يكون الاحرام أما لاهل المدينة نذوالخليفة وأما لاهل الشام فالجحفه ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يالم ثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث ابن عمر وغيره * واحتلغوا في ميقات أهل العراق فقال جمهور فقهاء الامصار ميقاتهم من ذات عرق * وقال الشافعى والثورى ان أهلوا من العميق كان أحب * واختلفوا فين أقته لهم فقال طائفة عمر بن الخطاب وقالت طائفة بل رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذى أقت لاهل العراق ذات عرق والعميق وروى ذلك

من حديث جابر وابن عباس وعائشة: وجهور العلماء على أن من يخطئ هذه وقصده الاحرام فلم يحرم الا بعدها ان عليه دما وهؤلاء منهم من قال ان رجوع الى الميقات فأحرم منه سقط عنه الدم ومنهم الشافعي ومنهم من قال لا يسقط عنه الدم وان رجع وبه قال مالك وقال قوم ليس عليه دم وقال آخرون ان لم يرجع الى الميقات فسد حجه وانه يرجع الى الميقات فيهل منه بعمره وهذا يذكر في الاحكام وجهور العلماء على أن من كان منزله دون مقيقات احرامه من منزله واختلعهوا هل الافضل احرام الحاج منهم أو من منزله اذا كان منزله خارجا منهم فقال قوم الافضل له من منزله والاحرام منها رخصة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجماعة وقال مالك وإسحاق وأحمد احرامه من المواقيت أفضل وعمدة هؤلاء الاحاديث المتقدمة وأنها السنة التي سنّها رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي أفضل وعمدة الطائفة الاخرى ان الصحابة قد أحرمت من قبل الميقات ابن عباس وابن عمر وابن مسعود وغيرهم قالوا وهم أعرف بالسنة وأصول أهل الظاهر تقتضي أن لا يجوز الاحرام الا من الميقات الا ان يصح اجماع على خلافه واختلعهوا فمن ترك الاحرام من ميقاته وأحرم من ميقات آخر غير ميقاته مثل أن يترك أهل المدينة الاحرام من دى الحليفة ويحرموا من الجحفة فقال قوم عايه دم ومن قال به مالك وبعض أصحابه وقال أبو حنيفة ليس عليه شيء - وسبب الخلاف هل هو من النسك الذي يجب في تركه الدم أم لا ولا خلاف انه يلزم الاحرام من مربي هذه المواقيت ممن أراد الحج أو العمرة . وأما من لم يردهما ومربيهما فقال قوم كل من مربيهما يلزمه الاحرام الا من يكثر تردده مثل الخطابين وشبههم وبه قال مالك وقال قوم لا يلزم الاحرام الا للمريد الحج أو العمرة وهذا كله لمن ليس من أهل مكة . وأما هل مكة فانهم يحرمون بالحج أو بالعمرة يخرجون الى الحل ولا بد . وأما متى يحرم بالحج اهل مكة فتميل اذا رأوا الهلال وفيل اذا خرج الناس الى منى فهذا هو ميقات المسكن المشترط لانواع هذه العبادة .

﴿ القول في ميقات الزمان ﴾

وأما ميقات الزمان فهو محدود أيضا في أنواع الحج الثلاث وهو شوال وذو القعدة وتسع من ذى الحجة باتفاق وقال مالك ثلاثة الا شهر كلها محل للحج وقال الشافعي الشهران وعشر من ذى الحجة وقال أبو حنيفة عشرة فقط ودليل قول مالك عموم قوله سبحانه الحج أشهر معلومات فوجب أن يطلق على جميع ايام ذى الحجة أصله انطلاقه على جميع ايام شوال وذى

القعدة ودليل الفريق الثاني انتضاء الاحرام قبل تمام الشهر الثالث بانتضاء أفعاله الواجبة وقائدة الخلاف تأخر طواف الا فاضة الى آخر الشهر وان أحرم بالحج قبل أشهر الحج كرهه مالك ولكن صح احرامه عنده وقال غيره لا يصح احرامه وقال الشافعي ينعقد احرامه احرام عمره فمن شبهه بوقت الصلاة قال لا يقع قبل الوقت ومن اعتمد عموم قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله قال متى احرم انعقد احرامه لانه مأمور بالتمام ورر بما شبهوا الحج في هذا المعنى بالعمرة وشبهوا ميقات الزمان بميقات العمرة فاما مذهب الشافعي فهو مبني على ان من التزم عبادة في وقت نظيرتها انتقلت الى النظير مثل أن يصوم نذراً في أيام رمضان وهذا الاصل فيه اختلاف في المذهب وأما العمرة فان العلماء اتفقوا على جوازها في كل أوقات السنة لانها كانت في الجاهلية لا تصنع في أيام الحج وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام: دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة وقال أبو حنيفة تجوز في كل السنة الا يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق فانها تكرر واختلفو في تكريرها في السنة الواحدة مراراً فكان مالك يستحب عمرة في كل سنة ويكره وقوع عمرتين عنده وثلاث في السنة الواحدة وقال الشافعي وأبو حنيفة لا كراهية في ذلك فهذا هو القول في شروط الاحرام الزمانية والمكانية وينبغي بعد ذلك أن نصير الى القول في الاحرام وقبل ذلك ينبغي أن نقول في تركه ثم نقول بعد ذلك في الافعال الخاصة بالحرم الى حين احلاله وهي افعال الحج كلها وتركها ثم نقول في أحكام الاخلال بالتروك والافعال ولنبداً بالتروك.

﴿القول في التروك وهو ما يمنع الاحرام من الأمور المباحة للحلال﴾
والاصل في هذا الباب ما ثبت من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رجلاً سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يلبس المحرم من الثياب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا تلبسوا التميمي ولا العمام ولا السراويلات ولا البرانس ولا الخفاف الا أحد لا يجرد نعلين فيلبس خنيزن وليقطعهما أسفل من الكعبين ولا تلبسوا من الثياب شيئاً مسه الزعفران ولا الورس فانفق العلماء على بعض الاحكام الواردة في هذا الحديث واختلفو في بعضها فاما انتقوا عليه انه لا يلبس المحرم قميصاً ولا شيئاً مما ذكر في هذا الحديث ولا ما كان في معناه من خيط الثياب وأن هذا مخصوص بالرجال أعنى تحريم لبس الخيط وانه لا بأس للمرأة بلبس القميص والدرع والسراويل والخفاف والخمر واختلفوا فيمن لم يجد غير السراويل هل له

لباسهم اقتال مالك وأبو حنيفة لا يجوز له لباس السراويل وإن لبسها افتدى وقال الشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وداود لا شيء عليه إذا لم يجد أزاراً وعمدة مذهب مالك ظاهر حديث ابن عمر المتقدم قال ولو كان في ذلك رخصة لاستثناهما رسول الله صلى الله عليه وسلم كما استثنى في لبس الخفين وعمدة الطائفة الثانية حديث عمرو بن دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: السراويل لمن لم يجد الأزار والخلف لمن لم يجد النعلين وجهور العلماء على إجازة لباس الخفين مقطوعين لمن لم يجد النعالي وقال أحمد جابر لمن لم يجد النعلين أن يلبس الخفين غير مقطوعين أخذاً بمطابق حديث ابن عباس وقال عطاء في قطعهما فساد والله لا يحب الفساد واختلفوا في لبسهما مقطوعين مع وجود النعلين فقال مالك عليه القدية وبه قال أبو ثور وقال أبو حنيفة لا قدية عليه والقولان عن الشافعي وسند كرهذا في الأحكام وأجمع العلماء على أن المحرم لا يلبس الثوب المصبوغ بالورس والزعفران لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عمر: لا تلبسوا من الثياب شيئاً أمسه الزعفران ولا الورس واختلفوا في المعصفر فقال مالك ليس به بأس فنه ليس بطيب وقال أبو حنيفة والثوري هو طيب وفيه القدية وحجة أبي حنيفة ما أخرجه مالك عن علي أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس القسي وعن لبس المعصفر وأجمعوا على أن إحرام المرأة في وجهها وإن لها أل تغطي رأسها وتستر شعرها وإن لها أن تسدل ثوبها على وجهها من فوق رأسها سداً خفيفاً تستتر به من نظر الرجال إليها كنعوماروى عن عائشة أنها قالت كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن محرمون فإذا مر بنا ركب سد لنا على وجوهنا الثوب من قبل رؤسنا وإذا جاوز الركب رفعناه ولم يأت تعطية وجوههم إلا ما رواه مالك عن فاطمة بنت المنذر أنها قالت كنا نخرج وجوهنا ونحن محرمات مع أسماء بنت أبي بكر الصديقي واختلفوا في تخمير المحرم وجهه بعد إجماعهم على أنه لا يخرم رأسه فروى مالك عن ابن عمر أن ما فوق الذقن من الرأس لا يخرمه المحرم واليه ذهب مالك وروى عنه أنه ان فعل ذلك ولم يزرعه مكانه افتدى وقال الشافعي والثوري وأحمد وداود وأبو ثور يخرم المحرم وجهه إلى الخاجبين وروى من الصحابة عن عثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس وسعد بن أبي وقاص واختلفوا في لبس القفازين للمرأة فقال مالك إن لبست المرأة القفازين افتدت ورخص فيه الثوري وهو مروي عن عائشة والحجة لما أخرجه أبو داود عن النبي عليه الصلاة والسلام: أنه نهى عن النقاب والقفازين وبعض الرواة يرويه مرفوعاً عن ابن عمر وصححه بعض رواة الحديث أعني رفعه

الى النبي عليه الصلاة والسلام فهذا هو مشهور اختلافهم واتفاقهم في اللباس وأصل الخلاف في هذا كله اختلافهم في قياس بعض المسكوت عنه على المنطوق به واحتمال اللفظ المنطوق به وثبوته أو لا ثبوته . وأما الشيء الثاني من المتر وكان فهو الطيب وذلك أن العلماء أجمعوا على أن الطيب كدهي حرم على الحرام بالحج والعمرة في حال احرامه واختلعه وفي جوارحه للمحرم عند الاحرام قبل أن يحرم لما يبق من أثره عليه بعد الاحرام فسكره قوم وأجازة آخرون ومن كرهه مالك ورواه عن عمر بن الخطاب وهو قول عثمان وابن عمر وجماعة من التابعين ومن أجازة أبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد وداود والحجة لما لك رحمه الله من جهة الأثر حديث صفوان بن يعلى ثبت في الصحيح وفيه أن رجلاً جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم بحية مضطجة بطيب فقال يا رسول الله كيف ترى في رجل أحرم بعمرة في جبة بعد ما تضحخ بطيب فانزل الوحي على رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما أفاق قال أين السائل عن العمرة آتياً فالتمس الرجل فأتى فقال عليه الصلاة والسلام: أما الطيب الذي بك فاغسله عنك ثلاث مرات وأما الجبة فانزعها ثم اصنع ما شئت في عمرتك مما تصنع في حجتك اختصرت الحديث ونقته هو الذي ذكرت وعمدة الفريق الثاني ما رواه مالك عن عائشة أنها قالت كنت أطيّب رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حرامه قبل أن يحرم ولحله قبل أن يطوف بالبيت واعتل الفريق الأول بما روى عن عائشة أنها قالت وقد بلغها انكار ابن عمر تطيب المحرم قبل احرامه يرحم الله أبا عبد الرحمن طيب رسول الله صلى الله عليه وسلم فطاف على نسائه ثم أصبح محرماً قالوا وإذا طاف على نسائه اغتسل فأنما يبق عليه أثر ريح الطيب لا جرمه نفسه قالوا ولما كان الاجماع قد اعتمد على أن كل ما لا يجوز للمحرم ابتداءً وهو محرّم مثل لبس الثياب وقتل الصيد لا يجوز له استصحيابه وهو محرّم فوجب أن يكون الطيب كذلك فيسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا الحكم . وأما المتر الثالث فهو محامضة النساء وذلك أنه أجمع المسلمون على أن وطء النساء على الحاج حرام من حين يحرم لقوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج . وأما المنوع الرابع وهو الماء المتنفث وإزالة الشعر وقتل القمل ولكن اتفقوا على أنه يجوز له غسل رأسه من الجنابة واختلعه وفي كراهية غسله من غير الجنابة فقال الجمهور لا بأس بغسله رأسه وقال مالك بكراهية ذلك وعمدة أن عبد الله بن عمر كان لا يغسل رأسه وهو محرّم الا من الاحتلام وعمدة الجمهور ما روى مالك عن عبد الله بن جبير أن ابن عباس والمسور بن مخرمة اختلفا بالابواء فقال عبد الله يغسل المحرم رأسه وقال المسور لا يغسل

المحرم رأسه قال فأرسلني عبد الله بن عباس إلى أبي أيوب الأنصاري قال فوجدته يغتسل بين
 القرنين وهو مستتر بثوب فسلمت عليه فقال من هذا فقلت عبد الله بن جبير أرسلني إليك
 عبد الله بن عباس أسألك كيف كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغسل رأسه وهو محرم
 فوضع أبو أيوب يده على الثوب فتطأاً حتى بدى إلى رأسه ثم قال لا نسان أصيب فصعب على
 رأسه ثم حرك رأسه بيده فأقبل بهما وأدبر ثم قال هكذا رأت رسول الله صلى الله عليه وسلم
 يفعل وكان عمر يغسل رأسه وهو محرم ويقول ما يزيد الماء إلا شعثاً رواه مالك في الموطأ
 وحمل مالك حديث أبي أيوب على غسل الجنابة والحجة لاجتماعهم على أن المحرم ممنوع من
 قتل القمل ونتف الشعر والقاء الثفت وهو الوسخ والغاسل رأسه هو ما أن يفعل هذه كلها أو
 بعضها وانفقوا على منع غسله رأسه بالخطمي وقال مالك وأبو حنيفة أن فعل ذلك افتدى وقال
 أبو ثور وغيره لا شيء عليه واختلفوا في الحمام فكان مالك يكره ذلك ويرى أن على من دخله
 القدية وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري وداود لا بأس بذلك ورأى عن ابن عباس دخول
 الحمام وهو محرم من طريقين والاحسن أن يكره دخوله لأن المحرم منهي عن القاء الثفت . وأما
 المحذور الخامس فهو الاضطهاد وذلك أيضاً جمع عليه لقوله سبحانه « وخرم عليكم صيد البر
 ما دمتم حرماً » وقوله تعالى « لا تأكلوا من الصيد وأتم حرم » وأجمعوا على أنه لا يجوز له صيد ولا
 أكل ما صاده ومنه واختلفوا إذا صاده حلال هل يجوز للمحرم أكله على ثلاثة أقوال، قول أنه
 يجوز له أكله على الإطلاق وبه قال أبو حنيفة وهو قول عمر بن الخطاب والزبير، وقال قوم هو
 محرم عليه على كل حال وهو قول ابن عباس وعلى وعمر وبه قال الثوري، وقال مالك ما لم يصد
 من أجل الحرم أو من أجل قوم محرمين فهو حلال وما صيد من أجل محرم فهو حرام على الحرم
 وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك، فأحدهما أخرجه مالك من حديث أبي قتادة
 أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى إذا كانوا ببعض طريق مكة تخلف مع أصحابه
 محرمين وهو غير محرم فرأى حمراً أو حشياً فاستوى على فرسه فسأل أصحابه أن يناولوه سوطه
 فباؤا عليه فسألهم رحمه فأبوا عليه فأخذه ثم شد على الخمار فقتله فأكل منه بعض أصحاب رسول
 الله صلى الله عليه وسلم وأبي بعضهم فلما أدر كوا رسول الله صلى الله عليه وسلم سألوه عن ذلك
 فقال: إنما هي طعمة أطعمكم الله وجاء أيضاً في معناه حديث طلحة بن عبيد الله ذكره الترمذي
 أن عبد الرحمن التيمي قال كنا مع طلحة بن عبيد الله ونحن محرمون فأهدى لذهبي وهو راقد
 فأكل بعضنا فاستيقظ طلحة فوافق على أكله وقال أكلناه مع رسول الله صلى الله عليه وسلم

والحديث الثاني حديث ابن عباس خرج به أيضاً مالك أنه أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حملاً وحشياً وهو بالابواء أو بواد فردده عليه وقال أنا لم يرده عليك إلا أنا حرم ولا اختلاف سبب آخر وهو هل يتعلق النهي عن الاكل بشرط القتل أو يتعلق بكل واحد منهما على الاقرار دفن أخذ بحديث أبي قتادة قال ان النهي انما يتعلق بالاكل مع القتل ومن أخذ بحديث ابن عباس قال النهي يتعلق بكل واحد منهما على اقراره دفن ذهب في هذه الاحاديث مذهب الترجيح قال اما بحديث أبي قتادة واما بحديث ابن عباس ومن جمع بين الاحاديث قال بالقول الثالث قالوا والجمع أولى وأكدر وذلك بما روى عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : صيد البر حلال لكم وأتم حرم ما لم تصيدوه أو يصاد لكم واختلفوا في المضطر هل يأكل الميتة أو يصيد في الحرم فقال مالك وأبو حنيفة والثوري وزفر وجماعة اذا اضطرأ كل الميتة ولم الخنزير دون الصيد وقال أبو يوسف يصيد ويأكل وعليه الجزاء والاول أحسن للذريعة وقول أبي يوسف أقيس لان تلك محرمة لعينها والصيد محرم لغرض من الاغراض وما حرم لمصلحة أخف مما حرم لعينه وما هو محرم لعينه أغلظ فبهذه الخمسة اتفق المسلمون على انها من محظورات الاحرام واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والاوزاعي لا ينكح المحرم ولا ينكح فان نكح فالنكاح باطل وهو قول عمر وعلي بن أبي طالب وابن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة والثوري لا بأس بان ينكح المحرم وان ينكح * والسبب في اختلافهم اختلاف الاثار في ذلك فاحدها ما رواه مالك من حديث عثمان بن عفان انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا ينكح ولا ينكح والمعارض لهذا حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نكح ميمونة وهو محرم خرج أدل الصحيح الا انه عارضته آثار كثيرة عن ميمونة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال رويت عنها من طرق شتى عن أبي رافع وعن سليمان بن يسار وهو مولاهما وعن زيد بن الاصم ويمكن الجمع بين الحديثين بان يحمل الواحد على الكراهية والثاني على الجواز فهذه هي مشهورات ما يحرم على المحرم وأما متى يحل فسنذكره عند ذكرنافعال الحج وذلك أن المعتمر يحل اذا طاف وسعى وحاق واختلغوا في الحاج على ماسياتي بعدوا وقد قلنا في ترك المحرم فليقتل في أفعاله .

﴿ القول في أنواع هذا النسك ﴾

والحرمون إما محرم بعمره مفردة أو محرم بحج مفرد أو جامع بين الحج والعمره وهذا ضربان
أما متمتع وإما قارن فينبغي أولاً أن نجرد أصناف هذه المناسك الثلاث ثم نقول ما يفعل المحرم
في كلها وما يخص واحداً أو احداً منها إن كان هنالك ما يخص وكذلك نفعل فيما بعد الأحرام
من أفعال الحج .

﴿ القول في شرح أنواع هذه المناسك ﴾

فنتقول إن الأفراده هو ما يتعبر عن صفات التمتع والقران فلذلك يجب أن نبدأ أولاً بصفة التمتع
ثم نردف ذلك بصفة القران .

﴿ القول في المتمتع ﴾

فنتقول إن العلماء اتفقوا على أن هذا النوع من النسك الذي هو المعنى بقوله سبحانه (فمن تمتع
بالعمره إلى الحج فما استيسر من الهدى) هو أن يهل الرجل بالعمره في أشهر الحج من الميقات
وذلك إذا كان مسكنه خارج الحرم ثم يأتي حتى يصل البيت فيطوف لعمرته ويسعى ويحلق
في تلك الأشهر بعينها ثم يحل بمكة ثم ينشئ الحج في ذلك العام بعينه وفي تلك الأشهر بعينها
من غير أن ينصرف إلى بلده إلا ما روى عن الحسن أنه كان يقول هو متمتع وإن عاد إلى بلده ولم
يحج أى عليه هدى المتمتع المنصوص عليه في قوله تعالى (فمن تمتع بالعمره إلى الحج فما استيسر
من الهدى) لأنه كان يقول عمره في أشهر الحج متعة وقال طاوس من اعتمر في غير أشهر الحج
ثم أقام حتى يحج وحج من عامه أنه متمتع واتفق العلماء على أن من لم يكن من حاضري المسجد
الحرام فهو متمتع واختلّفوا في المكى هل يقع منه التمتع أم لا يقع والدين قالوا أنه يقع منه اتفقوا
على أنه ليس عليه دم لقوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام واختلّفوا فيمن
هو حاضر بالمسجد الحرام ممن ليس هو فقال مالك حاضر والمسجد الحرام هم أهل مكة وذو
طوى وما كان مثل ذلك من مكة وقال أبو حنيفة هم أهل المواقيت فمن دونهم إلى مكة وقال
الشافعي بمصر من كان بينه وبين مكة ليلتان وهو أهل المواقيت وقال أهل الظاهر من كان
ساكن الحرم وقال الثوري هم أهل مكة فقط وأبو حنيفة يقول إن حاضري المسجد الحرام
لا يقع منهم التمتع وكرد ذلك مالك * وسبب الاختلاف ما يدل عليه اسم حاضري
المسجد الحرام بالافل والاكثر ولذلك لا يشك أن أدل مكة هم من حاضري المسجد الحرام

كما لا يشك ان من خارج المواقيت ليس منهم فهذا هو نوع التمتع المشهور ومعنى التمتع أنه تمتع بتحلله بين النسكين وسقوط السفر عنه مرة ثانية الى النسك الثاني الذي هو الحج وهما نوعان من التمتع يختلف العلماء فيهما، أحدهما فسخ الحج في عمرة وهو تحويل النية من الاحرام بالحج الى العمرة فجمعهم والعلماء يكرهون ذلك من الصدر الاول وقتباء الامصار وذهب ابن عباس الى جواز ذلك وبه قال أحمد وداود وكلهم متفقون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه عام حجة فسخ الحج في العمرة وهو قوله عليه الصلاة والسلام : لو استقبلت من أمري ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وأمره لمن لم يسق الهدي من أصحابه أن يفسخ اهلاله في العمرة وبهذا تمسك أهل الظاهر والجمهور وأوذلك من باب الخصوص لا صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم واحتجوا بما روى عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن الحارث ابن بلال بن الحارث المدني عن أبيه قال قلت يا رسول الله افسخ لنا خاصة أم لمن بعدنا قال لنا خاصة وهذا لم يصبح عند أهل الظاهر حجة يعارض بها العمل المتقدم وروى عن عمر أنه قال تمتعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا أنهي عنهما وأعاقب عليهما متعة النساء ومتعة الحج وروى عن عثمان أنه قال متعة الحج كانت لنا وليست لكم وقال أبو ذر ما كان لاحد بعدنا أن يحرم بالحج ثم يفسخه في عمرة هذا كله مع ظاهر قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله والظاهرية على أن الاصل اتباع فعل الصحابة حتى يدل دليل من كتاب الله أو سنة ثابتة على أنه خاص فبسبب الاختلاف هل فعل الصحابة محمول على العموم أو على الخصوص . وأما النوع الثاني من التمتع فهو ما كان يذهب اليه ابن الزبير أن التمتع الذي ذكره الله هو تمتع المحصر بمرض أو عدو وذلك اذا خرج الرجل حاجا فحبسه عدو أو أمر تعذر به عليه الحج حتى تذهب أيام الحج فيأتي البيت فيطوف ويسعى بين الصفا والمروة ويحل ثم تمتع محله الى العام المقبل ثم يحج ويهدي وعلى هذا القول ليس يكون التمتع المشهور اجماعا وشذطا وس أيضا فقال ان المكي اذا تمتع من بلد غير مكة كان عليه الهدي واختلف العلماء فعين أشأ عمرة في غير أشهر الحج ثم عملها في أشهر الحج ثم حج من عامه ذلك فقال مالك عمرته في الشهر الذي حل فيه فان كان حل في أشهر الحج فهو متمتع وان كان حل في غير أشهر الحج فليس بتمتع وقريب منه قال أبو حنيفة والشافعي والثوري إلا أن الثوري اشترط أن يوقع طوافه كله في شوال وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان طاف ثلاثة أشواط في رمضان وأربع في شوال كان متمتعا وان كان عكس ذلك لم يكن متمتعا أعني ان يكون طاف أربع أشواط في رمضان وثلاثة في شوال

وقل أيرتور اذا دخل في العمرة في غير أشهر الحج فسواء طاف طاف في أشهر الحج وفي غير أشهر الحج لا يكون متممًا . وسبب الاختلاف هل يكون متممًا بإتيان إحرام العمرة في أشهر الحج تمتعًا أم بإتيان الضراف معه ثم ان كان بإتيان الطواف معه فهل إتيانه كله أم أكثره فابو ثور يقول لا يكون متممًا إلا بإتيان الاحرام في أشهر الحج لأن بالإحرام تمتع العمرة والشافعي يقول الضراف هو أعظم أركانها فوجب أن يكون به متممًا فالجمهور على أن من أوقع بعضها في أشهر الحج كمن أوقعها كلها وشروط التمتع عند مالك ستة . أحدها ان يجمع بين العمرة والحج في شهر واحد . والثاني ان يكون ذلك في عام واحد . والثالث أن يفعل شيئًا من العرة في أشهر الحج . والرابع أن يقدم العمرة على الحج . والخامس أن ينشئ الحج بعد التمتع من العمرة واحداً له منها . والسادس أن يكون وطنه غير مكة فهذه هي صورة التمتع والاختلاف المشهور فيه والاتفاق .

(القول في القارن)

وأما القارن فهو أن يهل بالسكين معاً أو يهل بالعمرة في أشهر الحج ثم يردف ذلك بالحج قبل أن يحل من العمرة واختلف أصحاب مالك في الوقت الذي يكون ذلك له فيه فنيل ذلك له ما لم يشرع في الطواف ولو شوطاً واحداً أو قيل ما لم يطف ويركع ويكره بعد الطواف وقبل الركوع فان فعل لزمه وقيل له ذلك ما بقى عليه شيء من عمل العمرة من طواف أو سعى ما خلا منهم انتقوا على انه اذا هل بالحج ولم يبق عليه من افعال العمرة الا الحلق فانه ليس بقارن والقارن الذي يلزمه هدى المتمتع هو عند الجمهور من غير حاضري المسجد الحرام الابن المباحشون من أصحاب مالك فان القارن من أهل مكة عنده عليه الهدى . وأما الافراد فهو ما تعرى من هذه الصفات وهو أن لا يكون متممًا ولا قارنًا بل أن يهل بالحج فقط وقد اختلف العلماء أي أفضل هل الافراد أو القارن أو التمتع والسبب في اختلافهم اختلافهم فيما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم من ذلك وذلك انه روى عنه عليه الصلاة والسلام انه كان مفرداً وروى انه تمتع وروى عنه انه كان قارناً فاختار مالك الافراد واعتمد في ذلك على ما روى عن عائشة انها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فنامن أهل بعرة ونامن أهل بحج وعمرة وأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج ورواه عن عائشة من طرق كثيرة قال ابو عمر بن عبد البر وروى الافراد عن النبي صلى الله عليه وسلم عن جابر بن عبد الله من طرق شتى

متواترة صحاح وهو قول أبي بكر وعمر وعثمان وعائشة وجابر والذين رأوا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان متمتعاً احتجوا بما روى الليث عن عقيل عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر قال تمتع رسول الله صلى الله عليه وسلم في عام حجة الوداع بالعمرة إلى الحج وأهدى وساق الهدى معه من ذى الحليفة وهو مذهب عبد الله بن عمر وابن عباس وابن الزبير واختلف عن عائشة في التمتع والافراد واعتمد من رأى أنه عليه الصلاة والسلام كان قارناً أحاديث كثيرة منها حديث ابن عباس عن عمر بن الخطاب قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول وهو بوادي العقيق: أتاني الليلة أت من ربي فقال أهل في هذا الوادي المبارك وقال عمره في حجة خرجه البخاري وحديث مروان بن الحكم قال: شهدت عثمان وعلياً وعثمان ينهى عن المتعة وإن جمع بينهما فلما رأى ذلك على أهل بهما ليك بعمرة وحجة وقال ما كمت لأدع سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لقول أحد خرجه البخاري وحديث أسس خرجه البخاري أيضاً قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ليك عمرة وحجة وحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت: خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام حجة الوداع فأهلنا بعمرة ثم قال رسول الله: من كان معه هدى فليهل بالحج مع العمرة ثم لا يهل حتى يهل منهما جميعاً واحتجوا فقالوا ومعلوم أنه كان معه صلى الله عليه وسلم هدى ويبعد أن يأمر بالقران من معه هدى ويكون معه الهدى ولا يكون قارناً وحديث مالك أيضاً عن نافع عن ابن عمر عن حفصة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: إنني قلدت هدي وليدت رأسي فلا أحل حتى انحر هدي وقال أحمد لا أشك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان قارناً والتمتع أحب إلى واحتج في اختياره التمتع بقوله عليه الصلاة والسلام: لو استقبلت من أمري ما استدبرت ما سقت الهدى ولعلتها عمرة واحتج من طريق المعنى من رأى أن الافراد أفضل أن التمتع والقران رخصة ولذلك وجب فيهما الدم وأذقلنا في وجوب هذا النسك وعلى من يجب وما شرط وجوبه ومتى يجب وفي أي وقت يجب ومن أي مكان يجب وقلنا بعد ذلك فيما يجنبه الحرم بما هو محرم ثم قلنا أيضاً في أنواع هذا النسك يجب أن تقول في أول أفعال الحاج أو المعتمر وهو الإحرام

(القول في الإحرام)

واتفق جمهور العلماء على أن الغسل للإهلال سنة وإنه من أفعال الحرم حتى قال ابن نوار إن هذا الغسل للإهلال عند مالك أو كد من غسل الجمعة وقال أهل الظاهر هو واجب وقال أبو

حنيفة والثوري يجزى منه الموضوع وحجة أهل الظاهر مرسل مالك من حديث أسامة بنت
 عيسى أنها ولدت محمد بن أبي بكر بالبداء فذكر ذلك أبو بكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم
 فقال: مرها فتغتسل ثم لنهل والامر عندهم على الوجوب وعمدة الجمهور ان الاصل هو براءة
 الذمة حتى تثبت الوجوب بامر لا مدفع فيه وكان عبد الله بن عمر يغتسل لا حرامه قبل أن
 يحرم ولد دخوله مكة ولو قوفه عشية يوم عرفة ومالك يرى هذه الاغتسالات اثلاث من أفعال
 الحرم وانفقوا على أن الاحرام لا يكون الابنية واختلفوا هل تجزى النية فيه من غير التلبية فقال
 مالك والشافعي تجزى النية من غير التلبية وقال أبو حنيفة التلبية في الحج كالتيكية في الاحرام
 بالصلاة الا انه يجزى عنده كل لفظ يقوم مقام التلبية كما يجزى عنده في افتتاح الصلاة
 كل لفظ يقوم مقام التكبير وهو كل ما يدل على التعظيم واتفق العلماء على أن لفظ تلبية رسول
 الله صلى الله عليه وسلم ليك اللهم ليك ليك لا شريك لك ليك ان الحمد والمنة لك والمالك
 لا شريك لك وهي من روايته ذلك عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو أصح
 سند واختلفوا في هل هي واجبة بهذا اللفظ أم لا فقال أهل الظاهر هي واجبة بهذا اللفظ ولا
 خلاف عند الجمهور في استحباب هذا اللفظ وانما اختلفوا في الزيادة عليه أو في جديده
 وأوجب أهل الظاهر رفع الصوت بالتلبية وهو مستحب عند الجمهور لما رواه مالك أن
 رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أنا في جبريل فأمرني أن أمر أصحابي ومن معي أن يرفعوا
 أصواتهم بالتلبية وبالا هلال وأجمع أهل العلم على أن تلبية المرأة فيما حكده أبو عمر هو أن ترفع
 نفسها بالقول وقل مالك لا يرفع المحرم صوته في مساجد الجماعة بل يكفيه أن يسمع من يليه
 الا في المسجد الحرام ومسجد منى فإنه يرفع صوته فيها واستحب الجمهور رفع الصوت عند
 التناء الرفاق وعند الاطلال على شرف من الارض وقال أبو حازم كان أصحاب رسول الله
 صلى الله عليه وسلم لا يبلغون الروحاء حتى تبح حلوقهم وكان مالك لا يرى التلبية من أركان
 الحج ويرى على تاركها دماً وكان غيره يراها من أركانه وحجة من رآها واجبة أن أفعاله صلى الله
 عليه وسلم: اذا أتت بيانا الواجب أنها محمولة على الوجوب حتى يدل الدليل على غير ذلك لقوله
 عليه الصلاة والسلام خذوا عني مناسككم وبهذا يخرج من أوجب انشاء فيها فقط ومن لم يتر
 وجوب لفظه فاعتمد في ذلك على ما روى من حديث جابر قال أهل رسول الله صلى الله عليه
 وسلم فذكر التلبية التي في حديث ابن عمر وقال في حديثه والناس يزيدون على ذلك ليك ذا
 المعارج ونحوه من الكلام والنبي يسمع ولا يقول شيئاً وما روى عن ابن عمر انه كان يزيد في
 التلبية وعن عمر بن الخطاب وعن أنس وغيره واستحب العلماء أن يكون ابتداء الحرم بالتلبية

بأن صلاة يصليها فكان مالك يستحب ذلك بأن نافلة لما روى من مرسله عن هشام بن عروة عن
أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلي في مسجد ذي الحليفة ركعتين فإذا استوت
بدرأجلته أذل واختلفت الآثار في الموضع الذي أحرم منه رسول الله صلى الله عليه وسلم
بحجته من أقطار ذي الحليفة فقال قوم من مسجد ذي الحليفة بعد أن صلى فيه وقال آخرون
إنما أحرم حين أطل على البيداء وقال قوم إنما أهل حين استوت بدرأجلته وسئل ابن عباس
عن اختلافهم في ذلك فقال كل حدث لا عن أول اهلاله عليه الصلاة والسلام بل عن أول
اهلال سمعه وذلك أن الناس يأتون متساقين فعلى هذا لا يكون في هذا اختلاف ويكون
الاهلال إثر الصلاة وأجمع فقهاء الامصار على أن المسكى لا يلزمه الاهلال حتى إذا خرج إلى
منى ليتصل له عمل الحج وعهدتهم ما رواه مالك عن ابن جريج أنه قال لعبد الله بن عمر رأيتك
تفعل هنا رأيتك أفعلا فذكر منها رأيتك إذا كنت بمكة أهل الناس إذا رأوا الهلال
ولم تهل أنت إلى يوم التروية فاجابه ابن عمر أما الاهلال فاني لم أرا رسول الله صلى الله عليه وسلم
يهل حتى تنبث بدرأجلته يريد حتى يتصل له عمل الحج وروى مالك أن عمر بن الخطاب
كان يأمر أهل مكة أن يهلوا إذا رأوا الهلال ولا خلاف عندهم أن المسكى لا يهل إلا من خوف
مكة إذا كان حاجوا أما إذا كان معتمرا أفانهم أجمعوا على أنه يلزمه أن يخرج إلى الحل ثم يحرم منه
ليجمع بين الحل والحرم كما يجمع الحاج أعني لا يهجر إلى عرفه وهو وحل وبالجملة فاتفقوا على
أنهم أسنة المعتمر واختلفوا أن لم يفعل فقال قوم يحزبه وعاليه دم وبه قال أبو حنيفة وابن القاسم
وقال آخرون لا يحزبه وهو قول الثوري وأشهب . وأما من يقطع الحرم التلبية فانهم اختلفوا
في ذلك فروى مالك أن علي بن أبي طالب رضى الله عنه كان يقطع التلبية إذا زاغت الشمس
من يوم عرفه وقال مالك وذلك الأمر الذي لم يزل عليه أهل العلم ببلدنا وقال ابن شهاب كانت
الامة أبو بكر وعمر وعثمان وعلي يقطعون التلبية عند زوال الشمس من يوم عرفه قال أبو عمر
ابن عبد البر واختلف في ذلك عن عثمان وعائشة وقال جمهور فقهاء الامصار وأهل الحديث
أبو حنيفة والشافعي والثوري وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود وابن أبي ليلى وأبو عبيد
والطبري والحسن بن حي أن الحرم لا يقطع التلبية حتى رمى جمرة العقبة لما ثبت أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة الا أنهم اختلفوا متى يقطعها فقال قوم إذا
رماها بأسرها ما روى عن ابن عباس أن الفضل بن عباس كان رديف رسول الله صلى الله
عليه وسلم وأنه لم يلب حتى رمى جمرة العقبة وقطع التلبية في آخر حصاة وقال قوم بل يقطعها في

أول جرة يلقيها روى ذلك عن ابن مسعود روى في وقت قطع التلبية أقاويل غير هذه إلا أن هذين القولين هما المشهوران واختلفوا في وقت قطع التلبية بالعمرة فتال مالك يقطع التلبية إذا انتهى إلى الحرم وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي إذا افتتح الطواف وسلف مالك في ذلك ابن عمر وعروة وعمدة الشافعي أن التلبية معناها اجابة إلى الطواف بالبيت فلا يقطع حتى يشرع في العمل * وسبب الخلاف معارضة القياس لعل بعض الصحابة وجمهور العلماء كما قلنا متفقون على ادخال المحرم الحج على العمرة ويختلفون في ادخال العمرة على الحج وقال أبو ثور لا يدخل حج على عمرة ولا عمرة على حج كما لا تدخل صلاة على صلاة فهذه هي أفعال المحرم بما هو محرم وهو أول أفعال الحج وأما الفعل الذي بعد هذا فهو الطواف عند دخول مكة فلنقل في الطواف

﴿القول في الطواف بالبيت﴾

﴿والكلام في الطواف في صفته وشروطه وحكمه في الوجوب أو الندب وفي أعداده﴾

﴿(القول في الصفة)﴾

والجمهور مجمعون على أن صفة كل طواف واجباً كان أو غير واجب أن يتسدى من الحجر الأسود أن يقبله قبله أو يلمسه بيده ويقبلها أن أمكنه ثم يجعل البيت على يساره ويمضي على يمينه فيطوف سبعة أشواط يرمل في الثلاثة الأشواط الأولى ثم يمشي في الأربعة وذلك في طواف القدوم على مكة وذلك للحاج وللمعتمر دون المتعمر وأنه لا يرمل على النساء ويستلم الركن اليماني وهو الذي على قطر الركن الأسود لثبوت هذه الصفة من فعله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في حكم الرمل في الثلاثة الأشواط الأولى للقدم هل هو سنة أو فضيلة فتال ابن عباس هو سنة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة واسحق وأحمد وأبو ثور واختلف قول مالك في ذلك وأصحابه والفرق بين القولين أن من جعله سنة أوجب في تركه الدم ومن لم يجعله سنة لم يوجب في تركه شيئاً واحتج من لم ير الرمل سنة بحديث ابن الطميل عن ابن عباس قال قلت لابن عباس زعم قومك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت رمل وإن ذلك سنة فتال صدقوا وكذبوا قال قلت ما صدقوا وما كذبوا قال صدقوا رمل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين طاف بالبيت وكذبوا ليس بسنة أن قر يشأ من الحديبية قالوا إن به بأصحابه هزلاً وقعدوا على قيعان ينظرون إلى النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فبلغ ذلك

انني صلى الله عليه وسلم قد لا يجزى به ارموا أثر وعمرانكم قوة فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمل من الحجر الاسود من النجاشي فادانوا رى مشى وحجة الجاهل ورحديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل اثلاثة الاشواط في حجة الوداع ومشى أربعا وهو حديث ثابت من رواية مالك وغيره قالوا وقد اختلف على أبي الطفيل عن ابن عباس فروى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمل من الحجر الاسود الى الحجر الاسود وذلك بخلاف الرواية الاولى وعلى أصول النماز يتوجب الرمل لتولية خذوا عني مناسككم وهو قولهم أو قول بعضهم الآن فيأظن وأجمعوا على أنه لا رمل على من أحرم بالحج من مكة من غير أهلها وهم المتمعون لأنهم قدر ملوا في حين دخولهم حين طافوا للتقدم واختلوا في أهل مكة دل عليهم اذا حجوا رمل أم لا فقال الشافعي كل طواف قبل عرفة مما يوصل بينه وبين السعي فإنه يرمل فيه وكان مالك يستحب ذلك وكان ابن عمر لا يرى عليهم رملا اذا طافوا بالبيت على ما روى عنه مالك . وسبب الخلاف هل الرمل كان لهلة أو لغيرة علة وهل هو مختص بالمسافر أم لا وذلك أنه كان عليه الصلاة والسلام حين رمل وادأعلى مكة واتقوا على أن من سنة الطواف استلام الركبتين الاسود والنجاشي للرجال دون النساء واختلفوا هل تستلم الاركان كلها أم لا فذهب الجمهور الى أنه انما يستلم الركبتين فقط لحديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يستلم الا الركبتين فقط واحتج من رأى استلام جميعها بما روى عن جابر قال كنت ارى اذا طفنا أن نستلم الاركان كلها وكان بعض السلف لا يحب أن يستلم الركبتين الا في الزمر من الاشواط وكذلك أجمعوا على أن تقبيل الحجر الاسود خاصة من سنن الطواف ان قدر وان لم يتسدر على الدخول اليه قبل بدو ذلك لحديث عمر بن الخطاب الذي رواه مالك أنه قال وهو يطوف بالبيت حين بلغ الحجر الاسود انما أنت حجر ولولا أني رأيت رسول الله قبلما ما قبلتك ثم قبله وأجمعوا على أن من سنة الطواف ركعتين بعد انتضاء الطواف وجهورهم على أنه يأتي بها الطائف عند انتضاء كل أسبوع ان طاف أكثر من أسبوع واحد وأجاز بعض السلف أن لا يفرق بين الاسابيع وأن لا يفصل بينهما بركوع ثم يركع لكل أسبوع ركعتين وهو مروي عن عائشة أنها كانت لا تفرق بين ثلاثة الاسابيع ثم تركعت ست ركعات وحجة الجمهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت سبعا وصلى خلف المقام ركعتين وقال: خذوا عني مناسككم وحجة من أجاز الجمع انه قال المتقصد انما هو ركعتان لكل أسبوع والطواف ليس له وقت معلوم ولا الركعتان المسنونتان بعده فجاز الجمع بين أكثر من

ركعتين لا أكثر من أسبوعين وانما استحباب من يرى أن يفرك بين الثلاثة أسبوعين لأن
رسول الله صلى الله عليه وسلم: انصرف الى الركعتين بعدوتر من طوافه ومن ثلث أسبوعين غير
وتر ثم دعاهم ان يصرف عن وتر من طوافه .

في القول في شروطه

وأما شروطه فمنها أحد موضوعه وجهود المأذ على أن الحج من البيت وإن من طواف بالبيت
ثم إذا دخل الحجر فيه وأنه شرط في صحة طواف الاقضية وقال أبو حنيفة وأصحابه دوسنة
وحجة أشهر من رواد مالك عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لو لا حدثان قومنا
بالكفر خدعت الكعبة ولصيرتم على قواعد إبراهيم فانهم تركوا منه سبعة أذرع من الحجر
ضاققت بهم النسفة والخشب وهذا قول ابن عباس وكان يمتنع بقوله تعالى وليطوفوا بالبيت
العتيق ثم يقول طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم من وراء الحجر وحجة أي حنيفة ظاهر
الآية . وأما وقت جوازده فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال: أحدها إجازة الطواف بعد
الصبح والعصر ومنعه وقت الطلوع والغروب وهو مذهب عمر بن الخطاب وأبي سعيد
الخدري وبه قال مالك وأصحابه وجماعة، والقول الثاني كراهيته بعد الصبح والعصر ومنعه عند
الطلوع والغروب . وبه قال سعيد بن جبيرة ومجاهد وجماعة، والقول الثالث إباحة ذلك في هذه
الآوقات كلها . وبه قال الشافعي وجماعة وأصول أهلهم راجعة الى منع الصلاة في هذه الآوقات
أو إباحتها . أما وقت الطلوع والغروب فلا تار مفتحة على منع الصلاة فيها والطواف هل هو
ملحق بالصلاة في ذلك الخلاف . ومما احتج به الشافعية حديث جبيرة بن مطعم أن النبي
عليه الصلاة والسلام قال: يا بني عبد مناف أو يا بني عبد المطلب إن وليتم من هذا الأمر شيئا
فلا تمنعوا أحدًا طواف بهذا البيت إن يصلي فيه أي ساعة شاء من ليل أو نهار . رواه الشافعي
 وغيره عن ابن عينة بسنده الى جبيرة بن مطعم . واختلفوا في جواز الطواف بغير طهارة مع
إجماعهم على أن من سنته الطهارة قال مالك والشافعي لا يجزئ طواف بغير طهارة لا عمدًا ولا
سهواً وقال أبو حنيفة يجزئ ويستحب له الاعادة وعليه دم وقال أبو ثور إذا طاف على غير
وضوء أجزأه طوافه إن كان لا يعلم ولا يجزئه إن كان يعلم والشافعي يشترط طهارة ثوب
الطائف كاشتراط ذلك للمصلي وعمدة من شرط الطهارة في الطواف قوله صلى الله عليه وسلم
للحائض وهي أسماء بنت عميس: اصنعي ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت وهو حديث

صحيح وقد يحتجون أيضاً بما روى انه صلى الله عليه وسلم قال: الطواف بالبيت صلاة الا أن الله أحل فيه النطق فلا ينطق الا بنحير وعمدة من أجاز الطواف بغير طهارة اجماع العلماء على جواز السعي بين الصفا والمروة من غير طهارة وانه ليس كل عبادة يشترط فيها الطهر من الحيض من شرط الطهر من الحدث أصله الصوم .

(القول في أعداده وأحكامه)

وأما أعداده فان العلماء اجمعوا على أن الطواف ثلاثة أنواع، طواف القدوم على مكة، وطواف الافاضة بعد رمى جمر العقبة يوم النحر، وطواف الوداع واجمعوا على ان الواجب منها الذي ذى نفوت الحج فواته هو طواف الافاضة وانه المعنى بقوله تعالى « ثم ليقضوا تفهم وليؤفوا نذورهم وليطوفوا بالبيت العتيق » وأنه لا يجزى عنه دم وجهورهم على أنه لا يجزى طواف القدوم على مكة عن طواف الافاضة اذ انسى طواف الافاضة لكونه قبل يوم النحر وقالت طائفة من أصحاب مالك ان طواف القدوم يجزى عن طواف الافاضة كأنهم رأوا أن الواجب انما هو طواف واحد وجهور العلماء على ان طواف الوداع يجزى عن طواف الافاضة ان لم يكن طاف طواف الافاضة لانه طواف بالبيت معمول في وقت طواف الوجوب الذي هو طواف الافاضة بخلاف طواف القدوم الذي هو قبل وقت طواف الافاضة وأجمعوا فيما حكاه أبو عمر بن عبد البر أن طواف القدوم والوداع من سنة الحاج الا تخاف فوات الحج فانه يجزى عنه طواف الافاضة واستحب جماعة من العلماء ان عرض له هذا ان يرمل في الاشواط الثلاثة من طواف الافاضة على سنة طواف القدوم من الرمل وأجمعوا على أن المسكى ليس عليه الا طواف الافاضة كما أجمعوا على انه ليس على المعتمر الا طواف القدوم وأجمعوا ان من تمتع بالعمرة الى الحج ان عليه طوافين، طوافاً للعمرة لحله منها، وطوافاً للحج يوم النحر على ما في حديث عائشة المشهور . واما المفرد للحج فليس عليه الا طواف واحد كما قلنا يوم النحر واختلفوا في القارن فقال مالك والشافعي واحمد وأبو ثور يجزى القارن طواف واحد وسعى واحد وهو مذهب عبد الله بن عمر وجابر وعمدتهم حديث عائشة المتقدم وقال الثوري والاوزاعي وأبو حنيفة وابن أبي ليلى على القارن طوافان وسعيان ورر وهاذان على وابن مسعود لانهما نسكان من شرط كل واحد منهما اذا انفرد طوافه وسعيه فوجب ان يكون الامر كذلك اذا اجتمعا فهذا هو القول في وجوب هذا الفعل وصفته وشروطه

وعدده ووقته وصفته والذي يلو هذا الفعل من افعال الحج أعنى طواف القدوم هو السعى بين الصفا والمروة وهو الفعل الثالث للاحرام فليقل فيه .

(القول في السعى بين الصفا والمروة)

والقول في السعى في حكمه وفي صفته وفي شروطه وفي ترتيبه

(القول في حكمه)

أما حكمه فقال مالك والشافعي هو واجب وان لم يسع كان عليه حج قابل وبه قال أحمد وإسحاق وقال الكوفيون هو سنة وإذا رجع إلى بلاده ولم يسع كان عليه دم وقال بعضهم هو تطوع ولا شيء على تاركه فعمدة من أوجبها ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسعى ويقول اسعوا فان الله كتب عليكم السعى روى هذا الحديث الشافعي عن عبد الله ابن المؤمل وايضاً فان الأصل ان أفعاله عليه الصلاة والسلام في هذه العبادة مأمولة على الوجوب إلا ما أخرجه الدليل من سماع أو إجماع أو قياس عند أصحاب القياس وعمدة من لم يوجبها قوله تعالى « ان الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما » قالوا ان معناه أن لا يطوف وهي قراءة ابن مسعود وكما قال سبحانه « بين الله لكم أن تضلوا » معناه أي لا تضلوا وضعفوا حديث ابن المؤمل وقالت عائشة الآية على ظاهرها وانما نزلت في الانصار تخرجوا ان يسعوا بين الصفا والمروة على ما كانوا يسعون عليه في الجاهلية لانه كان موضع ذبائح المشركين وقد قيل انهم كانوا لا يسعون بين الصفا والمروة تعظيماً لبعض الاصنام فسألوا عن ذلك فنزلت هذه الآية مبيحة لهم وانما صار الجمهور إلى أنها من أفعال الحج لانها صفة فعله صلى الله عليه وسلم تواترت بذلك الاثنازاعني وصل السعى بالطواف .

(القول في صفته)

وأما صفته فان جمهور العلماء على أن من سنة السعى بين الصفا والمروة أن ينحدر الرائي على الصفا بعد الفراغ من الدعاء فيمشي على جبلته حتى يبلغ بطن المسيل فيمرل فيه حتى يقطعه إلى ما يلي المروة فاذا قطع ذلك وجاوزه مشى على سجيته حتى يأتي المروة فيرقى عليها حتى يبدو له البيت ثم يقول عليها نحواً مما قاله من الدعاء والتكبير على الصفا وان وقف أسفل المروة أجزأه

عند جميعهم ثم ينزل عن المروة فيمشي على سبجته حتى ينتهي الى بطن المسيل فاذا انتهى اليه رمل حتى يقطعها الى الجانب الذي يلي الصفا فيفعل ذلك سبع مرات يبدأ في كل ذلك بالصفاء ويختم بالمروة فان بدأ بالمروة وقبل الصفا انفي ذلك الشوط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: نبدأ بما بدأ الله يبدأ بالصفا فيدقوله تعالى «إن الصفا والمروة من شعائر الله» وقال عطاء بن جهل فبدأ بالمروة أجزأ عنه وأجمعوا على انه ليس في وقت السعي قول محمد ودفانه موضع دعاء وثبت من حيث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا وقف على الصفا: يكثر ثلاثا ويقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير يصنع ذلك ثلاث مرات ويدعو يصنع على المروة مثل ذلك .

(القول في شروطه)

وأما شروطه فانهم اتفقوا على ان من شرطه الطهارة من الحيض كالطواف سواء لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عائشة: افعل كل ما يفعل الحاج غير أن لا تطوف بالبيت ولا تسعي بين الصفا والمروة انفراد بهذه الزيادة يحكي عن مالك دون من روى عنه هذا الحديث ولا خلاف بينهم ان الطهارة ليست من شرطه الا الحسن فانه شبهه بالطواف

(القول في ترتيبه)

وأما ترتيبه فان جمهور العلماء اتفقوا على ان السعي انما يكون بعد الطواف وان من سعى قبل ان يطوف بالبيت يرجع فيطوف وان خرج عن مكة فان جهل ذلك حتى اصاب النساء في العمرة او في الحج كان عليه حج قابل والمهدي او عمرة أخرى وقال الثوري ان فعل ذلك فلا شيء عليه وقال ابو حنيفة اذا خرج من مكة فليس عليه ان يعود وعليه دم فهذا هو القول في حكم السعي وصفته وشروطه المشهورة وترتيبه .

(الخروج الى عرفة)

واما الفعل الذي يلي هذا الفعل للحاج فهو الخروج يوم التروية الى منى والمبيت بها ليلة عرفة وانفتوا على أن الامام يصلي بالناس بمنى يوم التروية الظهر والعصر والمغرب والعشاء بها مقصورة الا انهم أجمعوا على ان هذا الفعل ليس شرطاً في صحة الحج لمن ضاق عليه الوقت ثم اذا كان يوم عرفة مشى الامام مع الناس من منى الى عرفة ووقفوا بها .

﴿ الوقوف بعرفة ﴾

والقول في هذا الفعل ينحصر في معرفة حكمه وفي صفته وفي شروطه . أما حكم الوقوف بعرفة فانهم اجمعوا على انه ركن من اركان الحج وان من فاته فعله حج قابل والهدى في قول أكثرهم لقوله عليه الصلاة والسلام : الحج عرفة : وأما صفته فموان يصل الامام الى عرفة يوم عرفة قبل الزوال فاذا زالت الشمس خطب الناس ثم جمع بين الظهر والعصر في اول وقت الظهر ثم وقف حتى تغيب الشمس وانما اتفقوا على هذا لان هذه الصفة هي مجمع عليها من فعله صلى الله عليه وسلم ولا خلاف بينهم ان اقامة الحج هي للسلطان الاعظم اولن بقبه السلطان الاعظم لذلك وانه يصلي وراءه برأ كان السلطان أو فاجر أو مبتدع أو ان السنة في ذلك ان يأتي المسجد بعرفة يوم عرفة مع الناس فاذا زالت الشمس خطب الناس كما قلنا وجمع بين الظهر والعصر واختلفوا في وقت أذان المؤذن بعرفة للظهر والعصر فقال مالك يخطب الامام حتى يمضي صدر أمين خطبته او بعضها ثم يؤذن المؤذن وهو يخطب وقال الشافعي يؤذن اذا اخذ الامام في الخطبة الثانية وقال أبو حنيفة اذا صعد الامام المنبر أمر المؤذن بالاذان فاذن كالحال في الجمعة فاذا فرغ المؤذن قام الامام يخطب ثم ينزل ويقيم المؤذن الصلاة و به قال ابو ثور تشبيهاً بالجمعة وقد حكى ابن نافع عن مالك انه قال الاذان بعرفة بعد جلوس الامام للخطبة وفي حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم لما راغت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له وأتى بطن الوادي فخطب الناس ثم أذن بلال ثم أقام فصلى العصر ولم يصل بينهما شيئا ثم راح الى الموقف واختلفوا هل يجمع بين هاتين الصلاتين بأذنين واقامتين أو بأذان واحد واقامتين فقال مالك يجمع بينهما بأذنين واقامتين وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأبو ثور وجماعة يجمع بينهما بأذان واحد واقامتين و روى عن مالك مثل قولهم و روى عن احمد انه يجمع بينهما باقامتين والحجة للشافعي حديث جابر الطويل في صفة حجه عليه الصلاة والسلام وفيه انه : صلى الظهر والعصر بأذان واحد واقامتين كما قلنا وقول مالك مروي عن ابن مسعود وحجته ان الاصل هو ان تقرأ كل صلاة بأذان واقامة ولا خلاف بين العلماء ان الامام لو لم يخطب يوم عرفة قبل الظهر ان صلاته جائزة بخلاف الجمعة وكذلك أجمعوا ان القراءة في هذه الصلاة سر وانها مقصورة ذا كان الامام مسافراً واختلفوا اذا كان الامام مكياً هل يتصرع في الصلاة يوم التروية و بعرفة يوم عرفة و بالمزدلفة ليلة النحر ان كان من أحد هذه المواضع فقال مالك والاوزاعي

وجماعة سنة هذه المواضع التصدير سواء كان من أهلها أو لم يكن وقال الثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وداود لا يجوز أن يقصر من كان من أهل تلك المواضع وحجة مالك أنه لم يرو أن أحداً أتم الصلاة معه صلى الله عليه وسلم أعنى بعد سلامه منها وحجة الفريق الثاني البقاء على الأصل المعروف أن "القصر لا يجوز إلا للمسافر حتى يدل الدليل على التخصيص واختلف العلماء في وجوب الجمعة بعرفة ومنى فقال مالك لا تجب الجمعة بعرفة ولا بمنى أيام الحج لا لأهل مكة ولا لغيرهم إلا أن يكون الإمام من أهل عرفة وقال الشافعي مثل ذلك إلا أنه يشترط في وجوب الجمعة أن يكون هنالك من أهل عرفة أر بعون رجلا على مذهبه في اشتراط هذا العدد في الجمعة وقال أبو حنيفة إذا كان أمير الحج بمن لا يقصر الصلاة بمنى ولا بعرفة صلى بهم فيها الجمعة إذا صادفها وقال أحمد إذا كان إلى مكة يجمع وبه قال أبو ثور.

وأما شرطه فهو الوقوف بعرفة بعد الصلاة وذلك أنه لم يختلف العلماء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما صلى الظهر والعصر بعرفة ارتفع فوقف بجبائها داعياً إلى الله تعالى ووقف معه كل من حضر إلى غروب الشمس وأنه لما استيقن غروبها وبأن لذلك دفع منها إلى المزدلفة ولا خلاف بينهم أن هذا هو سنة الوقوف بعرفة وأجمعوا على أن من وقف بعرفة قبل الزوال وأفاض منها قبل الزوال أنه لا يعتد بوقوفه ذلك وأنه إن لم يرجع فيقف بعد الزوال أو يقف من ليلته تلك قبل طلوع الفجر فقد فاتته الحج وروى عن عبد الله بن معمر الديلي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: الحج عرفات فمن أدرك عرفة قبل أن يطلع الفجر فقد أدرك وهو حديث انفرد به هذا الرجل من الصحابة إلا أنه يجمع عليه واختلفوا فيمن وقف بعرفة بعد الزوال ثم دفع منها قبل غروب الشمس فقال مالك عليه حج قابل إلا أن يدفع قبل الفجر وإن دفع منها قبل الإمام وبعد الغيبة أجزأه وبالجملة فشرط صحة الوقوف عنده هو أن يقف ليلاً وقال جمهور العلماء من وقف بعرفة بعد الزوال فحججه تام وإن دفع قبل الغروب إلا أنهم اختلفوا في وجوب الدم عليه وعمدة الجمهور حديث عروة بن مضر وهو حديث يجمع على صحته قال أنيت رسول الله صلى الله عليه وسلم بجمع فقلت له هل لي من حج فقال: من صلى هذه الصلاة معنا ووقف هذا الموقف حتى نفيض أو أفاض قبل ذلك من عرفات ليلاً أو نهاراً فقد تم حجه وقضى نسائه وأجمعوا على أن المراد بقوله في هذا الحديث نهاراً أنه بعد الزوال ومن اشترط الليل احتج بوقوفه بعرفة صلى الله عليه وسلم حين غربت الشمس لكن للجمهور أن يقولوا إن وقوفه بعرفة إلى المغيب قد نبأ حديث عروة بن مضر أنه على جهة

الافضل اذ كان مخيراً بين ذلك وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم من طُرُق انه قال : عرفة كلها موقف وارفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف الا بطن محسرومى كلها موقف وفجاء مكة منحر ومييت واختلف العلماء فى من وقف من عرفة بعرفة فتقيل حجة تام وعليه دم وبه قال مالك وقال الشافعى لاحج له وعمدة من أبطل الحج النهى الوارد عن ذلك فى الحديث وعمدة من لم يبطله ان الاصل ان الوقوف بكل عرفة جائز الا ما قام عليه الدليل قالوا ولم يأت هذا الحديث من وجه تلزم به الحجة والخروج عن الاصل فهذا هو القول فى السنن التى فى يوم عرفة . وأما العمل الذى بلى الوقوف بعرفة من أفعال الحج فهو التبرؤ الى المزدلفة بعد غيبة الشمس وما يفعل بها فلنقل فيه .

٥ (القول فى أفعال المزدلفة)

والقول الخلى أيضاً فى هذا الموضوع ينحصر فى . معرفة حكمه . وفى صفته . وفى وقته . فأما كون هذا العمل من أركان الحج فالأصل فيه قوله سبحانه (فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم) واجمعوا على ان من أت بالمزدلفة ليلته النحر وجمع فيها بين المغرب والعشاء مع الامام ووقف بعد صلاة الصبح الى الاسفار بعد الوقوف بعرفة ان حجة تام وذلك انها الصفة التى فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا هل الوقوف بها بعد صلاة الصبح والمييت بها من سنن الحج أو من فروضه فقال الاوزاعى وجماعة من التابعين هو من فروض الحج ومن فاته كان عليه حج قابل والهدى وقتباء الامصار يرون أنه ليس من فروض الحج وان من فاته الوقوف بالمزدلفة والمييت بها فعليه دم وقال الشافعى ان دفع منها الى بعد نصف الليل الاول ولم يصل بها فعليه دم وعمدة الجمهور ما صح عنه انه صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة أهله ليلاً فلم يشاهدوا معه صلاة الصبح بها وعمدة الترياق الاول قوله صلى الله عليه وسلم فى حديث عروة ابن المضرس وهو حديث متفق على صحته . من أدرك معنا هذه الصلاة يعنى صلاة الصبح بجمع وكان قد أتى قبل ذلك عرفات ليلاً أو نهراً فتدتم حجه وقضى تقته وقوله تعالى « فاذا أفضمتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام واذكروه كما هداكم » ومن حجة الترياق الاول ان المسلمين قد أجمعوا على ترك الاخذ بجميع ما فى هذا الحديث وذلك ان أكثرهم على أن من وقف بالمزدلفة ليلاً ودفع منها الى قبل الصبح ان حجة تام وكذلك من بات فيها ونام عن الصلاة وكذلك أجمعوا على أنه لو وقف بالمزدلفة ولم يذكروا الله ان حجة تام وفى ذلك أيضاً ما يضعف

احتجاجهم بظاهر الآية والمزدلفة وجمعهما اسمان لهذا الموضع وسنة الحج فيها كما قلنا أن يبيت الناس بها ويجمعون بين المغرب والعشاء في أول وقت العشاء ويعلمون بالصباح فيها

﴿ القول في رمي الجمار ﴾

وأما الفعل الذي بعده هذا فهو رمي الجمار وذلك أن المسلمين اتفقوا على أن النبي صلى الله عليه وسلم وقف بالمشر الحرام وهي المزدلفة بعد ما صلى الفجر ثم دفع منها قبل طلوع الشمس إلى منى وأنه في هذا اليوم وهو يوم النحر رمى جمره العقبة من بعد طلوع الشمس وأجمع المسلمون أن من رماها في هذا اليوم في ذلك الوقت أعنى بعد طلوع الشمس إلى زوالها فقد رماها في وقتها وأجمعوا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يرم يوم النحر من الجمرات غيرها واختلفوا فيمن رمى جمره العقبة قبل طلوع الفجر فقال مالك لم يبلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لأحد أن يرمي قبل طلوع الفجر ولا يجوز ذلك فإن رماها قبل الفجر أعادها وبه قال أبو حنيفة وسفيان وأحمد وقال الشافعي لا بأس به وإن كان المستحب هو بعد طلوع الشمس فحجة من منع ذلك ففعله صلى الله عليه وسلم مع قوله : خذوا عني مناسككم وما روى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم ضبعة أهله وقال : لا ترموا الجمره حتى تطلع الشمس وعمدة من جوز رميها قبل الفجر حديث أم سلمة خرج أبو داود وغيره وهو أن عائشة قالت : أرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم لام سلمة يوم النحر فرمت الجمره قبل الفجر ومضت فأفاضت وكان ذلك اليوم الذي يكون رسول الله صلى الله عليه وسلم عندها وحديث أسماء أنها رمت الجمره بليل وقالت أنا كنا نصنع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأجمع العلماء أن الوقت المستحب لرمي جمره العقبة هو من لدن طلوع الشمس إلى وقت الزوال وأنه إن رماها قبل غروب الشمس من يوم النحر أجزأ عنه ولا شيء عليه إلا ما لكافانه قال أستحب له أن يريق دما واختلفوا فيمن لم يرمها حتى غابت الشمس فرماها من الليل أو من الغد فقال مالك عليه دم وقال أبو حنيفة أن رمي من الليل فلا شيء عليه وإن أخرها إلى الغد فعليه دم وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه إن أخرها إلى الليل أو إلى الغد وحجتهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لربعة الأبل في مثل ذلك أعنى أن يرموا ليلا وفي حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له السائل يا رسول الله رميت بعد ما أمسيت قال له : لا حرج وعمدة مالك أن ذلك الوقت المتفق عليه الذي رمى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم هر السنة ومن

خالف سنة من سنن الحج فعليه دم على ما روى عن ابن عباس وأخذ به الجمهور وقال مالك ومعنى الرخصة للرعاة إنما ذلك إذا مضى يوم النحر ورموا جمرَةَ الْعَتَبَةِ ثم كان اليوم الثالث وهو أول أيام النحر فخص لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرموا في ذلك اليوم له ولليوم الذي بعده فان نحرُوا فقد فرغوا وان أقاموا إلى الغد رموا مع الناس يوم النحر الآخر ونحرُوا ومعنى الرخصة للرعاة عند جماعة العلماء هو جمع يومين في يوم واحد إلا أن مالكاً لما يجمع عنده ما وجب مثل أن يجمع في الثالث فيرمى عن الثاني والثالث لأنه لا يقضى عنده إلا ما وجب وخصص كثير من العلماء في جمع يومين في يوم سواء تقدم ذلك اليوم الذي أضيف إلى غيره أو تأخر ولم يشبهوه بالتصاء وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رمى في حَجَّتِهِ الْجَمْرَةَ يوم النحر ثم نحر بدنة ثم حلق رأسه ثم طاف طواف الأفاضة وأجمع العلماء على أن هذا سنة الحج واختلفوا في قدم من هذه ما أخره النبي عليه الصلاة والسلام أو بالعكس فقال مالك من حلق قبل أن يرمى جمرَةَ الْعَتَبَةِ فعليه القدية وقال الشافعي وأحمد ودأود وأبو ثور لا شيء عليه وعمدتهم ما رواه مالك من حديث عبد الله بن عمر أنه قال وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم للناس يعني والناس يسألونه فجاءه رجل فقال يا رسول الله لم أشعر فحقت قبل أن انحر فقال عليه الصلاة والسلام: انحر ولا حرج ثم جاءه آخر فقال يا رسول الله لم أشعر فنحرت قبل أن أرمى فقال عليه الصلاة والسلام: ارم ولا حرج قال فما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ عن شيء أقدم أو آخر إلا قال افعل ولا حرج وروى هذا من طريق ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم وعمدة مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم على من حلق قبل محله من ضرورة القدية فكيف من غير ضرورة مع أن الحديث لم يذكر فيه حلق الرأس قبل رمي الجمار وعند مالك أن من حلق قبل أن يذبح فلا شيء عليه وكذلك أن ذبح قبل أن يرمى وقال أبو حنيفة أن حلق قبل أن ينحر أو يرمى فعليه دم وإن كان قارناً فعليه دمان وقال زفر عليه ثلاثة دماء، دم للقران، ودمان للحلق قبل النحر وقبل الرمي وأجمعوا على أن من نحر قبل أن يرمى فلا شيء عليه لأنه منصوب عليه إلا ما روى عن ابن عباس أنه كان يقول من قدم من حجه شيئاً أو أخره فليهرق دماً وأنه من قدم الأفاضة قبل الرمي والحلق أنه يلزمه إعادة الطواف وقال الشافعي ومن تابعه لا إعادة عليه وقال الأوزاعي إذا طاف للأفاضة قبل أن يرمى جمرَةَ الْعَتَبَةِ ثم واقع أهلها أراق دماً واتفقوا على أن جملة ما يرميه الحاج سبعون حصاة منها في يوم النحر جمرَةَ الْعَتَبَةِ بسبع وإن رمى هذه الجمرَةَ من حيث يتسرع من العتبة من أسفلها أو من أعلاها أو من

وسطها كل ذلك واسع والموضع المختار منها بطن الوادي لما جاء في حديث ابن مسعود انه استبطن الوادي ثم قال من هاهنا والدي لا الدغيره رأيت الذي أنزلت عليه سورة البقرة يرمى وأجمعوا على انه يعيد الرمي اذا لم تقع الحصاة في العقبة وانه يرمى في كل يوم من أيام التشريق ثلاث جمار بواحد وعشرين حصاة كل جمره منها بسبع وانه يجوز أن يرمى منها يومين وينفر في الثالث لقوله تعالى «فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه» وقدرها عندهم أن يكون في مثل حصي الخذف لما روى من حديث جابر وابن عباس وغيرهم أن النبي عليه الصلاة والسلام: رمى الجمار بمثل حصي الخذف والسنة عندهم في رمي الحمرات كل يوم من أيام التشريق ان يرمى الجمره الاولى فيقف عندها ويدعو وكذلك الثانية ويظل المقام ثم يرمى الثالثة ولا يقف لما روى في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان: يفعل ذلك في رميه والتكبير عندهم عند رمي كل جمره حسن لانه يروى عنه عليه الصلاة والسلام وأجمعوا على أن من سنة رمي الجمار الثلاث في أيام التشريق أن يكون ذلك بعد الزوال واختلفوا اذا رماها قبل الزوال في أيام التشريق فقال جمهور العلماء من رماها قبل الزوال أعاد رميها بعد الزوال وروى عن أبي جعفر محمد بن علي أنه قال رمى الجمار من طلوع الشمس الى غروبها وأجمعوا على ان من لم يرم الجمار أيام التشريق حتى تغيب الشمس من آخرها انه لا يرميها بعد واختلفوا في الواجب من الكفارة فقال مالك ان من ترك رمي الجمار كلها أو بعضها أو واحدة منها فعليه دم وقال أبو حنيفة ان ترك كلها كان عليه دم وان ترك جمره واحدة فصاعداً كان عليه لـكل جمره اطعام مسكين بصيف صاع حنطة الى أن يبلغ دماً ترك الجميع الا جمره العقبة فمن تركها فعليه دم وقال الشافعي عليه في الحصاة مد من طعام وفي حصاتين مدان وفي ثلاث دم وقال الثوري مثله إلا انه قال في الرابعة الدم ورخصت طائفة من التابعين في الحصاة الواحدة ولم يروا فيها شيئاً والحجة لهم حديث سعد بن أبي وقاص قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجته فبعضنا يقول رميت بسبع وبعضنا يقول رميت بست فلم يعجب بعضنا على بعض وقال أهل الظاهر لا تنى في ذلك والجمهور على ان جمره العقبة ليست من أركان الحج وقال عبد الملك من أصحاب مالك هي من أركان الحج فهذه هي جملة افعال الحج من حين الاحرام الى أن يحل والتحليل تحللان تحلل أكبر وهو طواف الافاضة وتحلل أصغر وهو رمي جمره العقبة وسند ذكر ما في هذا من الاختلاف .

(القول في الجنس الثالث)

وهو الذي يتضمن القول في الاحكام وقد في القول في حكم الاختلافات التي تقع في الحج وأعظمها في حكم من شرع في الحج فمنعه بمرض أو بعد أو وفاته وقت العمل الذي هو شرط في صحة الحج أو أفسد حجه بآنيابه بعض المحظورات المنسدة للحج أو للافعال التي هي ترك أو أفعال فليبتدى من هذه بما هو نص في الشرعية وهو حكم المحصر وحكم قاتل الصيد وحكم الحائض رأسه قبل محل الحلق والقائه التفت قبل أن يحل وقد يدخل في هذا الباب حكم الممتع وحكم الثارن على القول بان وجوب الهدى في هذه هو لمكان الرخصة.

(القول في الاحصار)

وأما الاحصار فالأصل فيه قوله سبحانه (فإن أحصرتم فما استيسر من الهدى) إلى قوله «فإذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى» فنقول اختلف العلماء في هذه الآية اختلافا كثيرا وهو السبب في اختلافهم في حكم المحصر بمرض أو بعد أو قول اختلافهم في هذه الآية هل المحصر هاهنا هو المحصر بالعدو أو المحصر بالمرض فقال قوم المحصر هاهنا المحصر بالعدو وقال آخرون بل المحصر هاهنا هو المحصر بالمرض. فأما من قال إن المحصر هاهنا هو المحصر بالعدو فاحتجوا بقوله تعالى بعد ذلك «فإن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه» قالوا ولو كان المحصر هو المحصر بمرض لما كان ذكر المرض بعد ذلك فائدة واحتجوا أيضاً بقوله سبحانه «فإذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج» وهذه حجة ظاهرة ومن قال إن الآية إنما وردت في المحصر بالمرض فإنه زعم أن المحصر هو من أحصر ولا يقال أحصر في العدو وإنما يقال حصره العدو وأحصره المرض قالوا وإنما ذكر المرض بعد ذلك لأن المرض، صنفان صنف محصر، وصنف غير محصر وقالوا معنى قوله فإذا أمنتم معناه من المرض وأما الفريق الأول فقالوا عكس هذا وهو أن فعل أبداً أو فعل في الشيء الواحد إنما يأتي لمعنيين إما فعل إذا وقع بغير فعل من الافعال وأما فعل إذا عرضه لوقوع ذلك الفعل به يقال قتله إذا فعل به فعل القتل واقته إذا عرضه للقتل وإذا كان هذا هكذا فاحصر أحق بالعدو وحصر أحق بالمرض لأن العدو وإنما عرض للاحصار والمرض فهو فاعل الاحصار وقالوا لا يطلق الأمر إلا في ارتفاع الخوف من العدو وإن قيل في المرض قياساً على الاستعارة ولا يصار إلى الاستعارة إلا لمر

يوجب الخروج عن الحقيقة وكذلك ذكر حكم المر بضع بعد الحصر الظاهر منه ان المحصر غير
 المر بضع وهذا هو مذهب الشافعي والمذهب الثاني مذهب مالك وأبي حنيفة وقال قوم بل
 المحصر هاهنا الممتنع من الحج باى نوع امتنع اما بمرض أو بعد أو بخطأ فى العدد أو بغير
 ذلك وجمهور العلماء على ان المحصر عن الحج ضرر بان إما محصر بمرض وإما محصر بعد أو فاما
 المحصر بالعدو فاتفق الجمهور على انه يحل من عمرته أو حجته حيث أحصر وقال الثوري
 والحسن بن صالح لا يتحلل الا فى يوم النحر والذين قالوا يتحلل حيث أحصر اختلفوا فى
 إيجاب الهدى عليه وفى موضع نحره اذا قيل بوجوده وفى إعادة ما حصر عنه من حج أو عمرة
 فذهب مالك الى انه لا يجب عليه هدى وانه ان كان معه هدى نحره حيث حل وذهب
 الشافعي الى إيجاب الهدى عليه وبه قال أشهب واشترط أبو حنيفة ذبحه فى الحرم وقال
 الشافعي حيا ما حل . وأما الاعادة فان مالكا يرى ألا إعادة عليه وقال قوم عليه الاعادة
 وذهب أبو حنيفة الى انه ان كان أحرم بالحج فعليه حجة وعمرة وان كان قارنا فعليه حج
 وعمرتان وان كان معتمرا قضى عمرته وليس عليه عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن تقصير
 واختار أبو يوسف تقصيره وعمدة مالك فى أن لا إعادة عليه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 : حل هو وأصحابه بالحديبية فنحروا الهدى وحلقوا رؤسهم وحلوا من كل شئ قبل أن يطوفوا
 بالبيت وقبل أن يصل الى الهدى ثم لم يعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر أحد أمن
 الصحابة ولا ممن كان معه أن يقضى شيئا ولا ان يعود لشيء وعمدة من أوجب عليه الاعادة
 ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : اعتمر فى العام المقبل من عام الحديبية قضاء لتلك العمرة
 ولذلك قيل لها عمرة القضاء واجماهم أيضا على ان المحصر بمرض أو ما أشبهه عليه القضاء
 * فبسبب الخلاف هو هل قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أو لم يقض وهل ثبت القضاء
 بالقياس أم لا وذلك ان جمهور العلماء على ان القضاء يجب بأمرئان غير أمر الاداء . وأما من
 أوجب عليه الهدى فبناء على ان الآية وردت فى المحصر بالعدو وعلى انها عامة لان الهدى
 فيها نص وقد احتج هؤلاء بنحو النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه الهدى عام الحديبية حين
 أحصر وا . وأجاب الفريق الآخر أن ذلك الهدى لم يكن هدى تحلل وانما كان هدى يسيق
 ابتداء وحجة هؤلاء ان الاصل هو أن لا هدى عليه الا أن يقوم الدليل عليه . وأما اختلافهم فى
 مكان الهدى عند من أوجبه والاصل فيه اختلافهم فى موضع نحر رسول الله صلى الله عليه
 وسلم هديه عام الحديبية فقال ابن اسحاق نحره فى الحرم وقال غيره انما نحره فى الحل واحتج

بقوله تعالى «هم الذين كفروا وصدوكم عن المسجد الحرام والهدى معكوفاً أن يبلغ محله» وإنما ذهب أبو حنيفة إلى أن من أحصر عن الحج أن عليه حجباً وعمره لأن المحصر قد فسخ الحج في عمرته ولم يتم واحد منهما فذا هو حكم المحصر بعد وعند الفقهاء وأما المحصر بمرض فان مذهب الشافعي وأهل الجواز أنه لا يحمله إلا الطواف بالبيت والسعي ما بين الصفا والمروة وأنه بالجملة يتحلل بعمره لأنه إذا فاته الحج بطول مرضه انقلب عمره وهو مذهب ابن عمر وعائشة وابن عباس وخالف في ذلك أهل العراق فقالوا يحل مكانه وحكمه حكم المحصر بعد وأعني أن يرسل هديه ويتقدر يوم نحره ويحل في اليوم الثالث وبه قال ابن مسعود واحتجوا بحديث الحجاج بن عمر والناصري قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: من كسر أو عرج فقد حل وعليه حجة أخرى وجميعهم على أن المحصر بعد وليس من شرط إحلاله الطواف بالبيت والجمهورية على أن المحصر بمرض عليه الهدى وقال أبو ثور وداد ولا هدى عليه اعتماداً على ظاهر حكم هذا المحصر وعلى أن الآية الواردة في المحصر هو حصر العدو وأجمعوا على إيجاب القضاء عليه وكل من فاته الحج بخطأ من العدد في الأيام أو بخفاء الهلال عليه أو غير ذلك من الأعذار فحكمه حكم المحصر بمرض عند مالك وقال أبو حنيفة من فاته الحج بعذر غير المرض يحل بعمره ولا هدى عليه وعليه إعادة الحج والمكي المحصر بمرض عند مالك كغير المكي يحل بعمره وعليه الهدى وإعادة الحج وقال الزهري لا بد أن يتقف بعمره وإن نكس نكساً وأصل مذهب مالك أن المحصر بمرض أن يبق على إحرامه إلى العام المقبل حتى يحج حجة القضاء فلا هدى عليه فإن تحلل بعمره فعليه هدى المحصر لأنه حلق رأسه قبل أن ينحر في حجة القضاء وكل من تأول قوله سبحانه «فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج» أنه خطاب للمحصر وجب عليه أن يعتد على ظاهر الآية أن عليه هديين، هدياً لخلته عند التحلل قبل نحره في حجة القضاء، وهدياً ليمتعه بالعمرة إلى الحج وإن حل في أشهر الحج من العمرة وجب عليه هدي ثالث وهو هدى التمتع الذي هو أحد أنواع نسك الحج. وأما مالك رحمه الله فكان يتأول لمكان هذا أن المحصر إنما عليه هدى واحد وكان يقول إن الهدى الذي في قوله سبحانه «فان أحصرتم فاستيسروا الهدى» هو بعينه الهدى الذي في قوله «فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج» فما استيسر من الهدى وفيه بعد في التأويل ولا يظهر أن قوله سبحانه «فاذا أمنتم فمن تمتع بالعمرة إلى الحج» أنه في غير المحصر بل هو في التمتع الحقيقي فكأنه قال فاذا لم تكونوا خائفين لكن تمتعوا بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدى ويدل على هذا التأويل

قوله سبحانه «ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام» والحصر يستوى فيه حاضر المسجد الحرام وغيره باجماع وقد قلنا في أحكام الحصر الذي نص الله عليه فالتقت في أحكام القاتل للصيد

(القول في أحكام جزاء الصيد):

فنتول ان المسلمين أجمعوا على أن قوله «يأبها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم بحكم به ذوا عدل منكم هدي بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما» هي آية محكمة. واختلفوا في تفاصيل أحكامها وفيما يقاس على مفهومها مما لا يقاس عليه فمنهم انهم اختلفوا هل الواجب في قتل الصيد قيمته أو مثله فذهب الجمهور إلى أن الواجب المثل وذهب أبو حنيفة إلى أنه يخير بين القيمة أعنى قيمة الصيد وبين أن يشتري بها المثل ومنها انهم اختلفوا في استئناف الحكم على قاتل الصيد فيما حكم فيه السلف من الصحابة مثل حكمهم ان من قتل بعامة فعليه بدنة تشبها بها ومن قتل غزالا فعليه شاة ومن قتل بقره وحشية فعليه أسية فقال مالك يستأنف في كل ما وقع من ذلك الحكم به وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي ان اجتزأ بحكم الصحابة مما حكموا فيه جاز ومنها هل الآية على التخيير أو على الترتيب فقال مالك هي على التخيير وبه قال أبو حنيفة يريد ان الحكمين بخيران الذي عليه الجزاء وقال زفر هي على الترتيب واختلفوا هل يقوم الصيد أو المثل اذا اختار الاطعام ان وجب على القول بالوجوب فيشتري ب قيمته طعاما فقال مالك يقوم الصيد وقال الشافعي يقوم المثل ولم يختلفوا في تقدير الضياع بالطعام بالجملة وان كانوا اختلفوا في التفصيل فقال مالك يصوم لكل مد يوما وهو الذي يطعم عندهم كل مسكين وبه قال الشافعي وأهل الحجاز وقال أهل الكوفة يصوم لكل مدين يوما وهو القدر الذي يطعم كل مسكين عندهم واختلفوا في قتل الصيد خطأ هل فيه جزاء أم لا فالجمهور على أن فيه الجزاء وقال أهل الظاهر لا جزاء عليه. واختلفوا في الجماعة يشتركون في قتل الصيد فقال مالك اذا قتل جماعة محرمون صيدا ففعل كل واحد منهم جزاء كامل وبه قال الثوري وجماعة وقال الشافعي عليهم جزاء واحد وقرق أبو حنيفة بين المحرمين يقتلون الصيد وبين الحلين يقتلون في الحرم فقال على كل واحد من المحرمين جزاء وعلى الحلين جزاء واحد واختلفوا هل يكون احد الحكمين قاتل الصيد فذهب مالك إلى انه لا يجوز وقال الشافعي يجوز واختلف أصحاب أبي حنيفة على

التولين جميعاً ، واختلفوا في موضع الاطعام فقال مالك في الموضع الذي أصاب فيه الصيد ان كان ثم طعام والافق أقرب المواضع الى ذلك الموضع وقال أبو حنيفة حيث ما أطعم وقال الشافعي لا يطعم الا مساكين مكة وأجمع العلماء على أن الحرم اذا قتل الصيد ان عليه الجزاء للنص في ذلك واختلفوا في الحلال يقتل الصيد في الحرم فقال جمهور فقهاء الامصار عليه الجزاء وقال داود وأصحابه لا جزاء عليه ولم يختلف المسلمون في تحريم قتل الصيد في الحرم وإنما اختلفوا في الكفارة وذلك لقوله سبحانه « أو لم ير وأنا جعلنا حرمات آمناً » وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله حرم مكة يوم خلق السموات والارض فقال جمهور فقهاء الامصار على أن الحرم اذا قتل الصيد واكاه انه ليس عليه الا كفارة واحدة وروى عن عطاء وطائفة ان فيه كفارتين فهذه هي مشهورات المسائل المتعلقة بهذه الآية . وأما الاسباب التي دعيتهم الى هذا الاختلاف فنحن نشير الى طرف منها (فنقول) أمان اشتراط في وجوب الجزاء أن يكون القتل عمداً فحجته أن اشتراط ذلك نص في الآية وأيضاً فإن العمد هو الموجب للعقاب والكفارات عقاب ما . وأمان أوجب الجزاء مع النسيان فلا حجة له الا أن يشبه الجزاء عند اتلاف الصيد باتلاف الاموال فان الاموال عند الجمهور تضمن خطأ ونسياناً لكن يعارض هذا القياس اشتراط العمد في وجوب الجزاء فقد أجاب بعضهم عن هذا أي العمد انما اشتراط لمكان تعلق العقاب المنصوص عليه في قوله « ذلك ليدزوق وبال أمره » وذلك لا معنى له لان الوبال المذوق هو في الغرامة فسواء قتله خطأ أو متعمداً قد ذاق الوبال ولا خلاف أن الناس غير معاقبوا أكثر ما تلزم هذه الحجة لمن كان من أصله أن الكفارات لا تثبت بالقياس فانه لا دليل لمن أثبت على الناس الا القياس * وأما اختلافهم في المثل هل هو الشبيه أو المثل في القيمة فان سبب الاختلاف أن المثل يقال على الذي هو مثل وعلى الذي هو مثل في القيمة لكن حجة من رأى أن الشبيه أقوى من جهة دلالة اللفظ ان انطلاق لفظ المثل على الشبيه في لسان العرب أظهر وأشهر منه على المثل في القيمة لكن لمن حمل هاهنا المثل على القيمة دلالة حركته الى اعتقاد ذلك ، أحدها أن المثل الذي هو العدل هو منصوب عليه في الاطعام والصيام وأيضاً فإن المثل اذا حمل هاهنا على التعديل كان عاماً في جميع الصيد فان من الصيد ما لا يلحقه شبيهه وأيضاً فإن المثل فيما لا يوجد له شبيهه هو التعديل وليس يوجد للحيوان المصيد في الحقيقة شبيهه الا من جنسه وقد نص ان المثل الواجب فيه هو من غير جنسه فوجب أن يكون مثلاً في التعديل والقيمة وأيضاً فإن الحكم في الشبيه قد فرغ منه فاما الحكم بالتعديل

فهو شئ يختلف باختلاف الاوقات ولذلك هو كل وقت يحتاج الى الحكمين المنصوص
عليهما وعلى هذا يأتي التقدير في الآية يشبه فكانه قال ومن قتلته منكم متعمداً فعليه قيمة
ما قتل من النعم أو عدل القيمة طعاماً أو عدل ذلك صياماً . وأما اختلاف فهم هل المتدر هو الصيد أو
مثله من النعم إذا قدر بالطعام فن قال المتدر هو الصيد قال لانه الذي لم يوجد مثله رجع الى
تقديره بالطعام ومن قال ان المتدر هو الواجب من النعم قال لان الشئ إنما تقدر قيمته اذا عدم
بتقدير مثله أعنى شبيهه وأما من قال ان الآية على التخيير فانه التفت الى حرف أو اذا كان
مقتضاه في لسان العرب التخيير . وأما من نظر الى ترتيب الكفارات في ذلك فشبهها
بالكفارات التي فيها الترتيب باتفاق وهي كفارة الظهار والتل . وأما اختلاف فهم في هل يستأنف
الحكم فيه من الصحابة ؟ فالسبب في اختلاف فهم هو دل الحكم شرعي غير معقول المعنى أم هذا
معقول المعنى فن قال هو معقول المعنى قال ما قد حكم به فليس يوجد شئ أشبه به منه مثل
النعامة فانه لا يوجد أشبه بها من البدنة فلا معنى لأعادة الحكم ومن قال هو عيادة قال يعاد ولا بد
منه وبه قال مالك . وأما اختلاف فهم في الجاعة يشتركون في قتل الصيد الواحد فسيبه هل الخزاء
موجبه هو التعدي فقط أو التعدي على جملة الصيد من التعدي فقط أوجب على كل واحد من
الجاعة الثالثة للصيد جزاء ومن قال التعدي على جملة الصيد قال عليهم جزاء واحد وهذه
المسئلة شبيهة بالتقصاص في النصاب في السرقة وفي القصاص في الأعضاء وفي النفس
وستأتي في مواضعها من هذا الكتاب ان شاء الله . وتفرق أبي حنيفة بين المحرمين وبين
غير المحرمين القاتلين في الحرم على جهة التغليظ على المحرمين ومن أوجب على كل واحد من
الجاعة جزاء فأنما نظر الى سد الذرائع فانه لو سقط عنهم الجزاء جملة لكان من أراد أن يصيد
في الحرم صادف جماعة وإذا قلنا ان الجزاء هو كفارة للاثم في شبهه انه لا يتبعض انتم قتل الصيد
بالاشتراك فيه فيجب أن لا يتبعض الجزاء فيجب على كل واحد كفارة . وأما اختلاف فهم في هل
يكون أحد الحكمين قاتل الصيد * فالسبب فيه معارضة مفهوم الظاهر لمفهوم المعنى الاصلی
في الشرع وذلك انه لم يشترطوا في الحكمين الا العدالة فيجب على ظاهر هذا أن يجوز الحكم من
يوجد فيه هذا الشرط سواء كان قاتل الصيد أو غير قاتل . وأما مفهوم المعنى الاصلی في الشرع
فهو أن المحكوم عليه لا يكون حاكماً على نفسه . وأما اختلاف فهم في الموضوع فسبب الاطلاق أعنى
انه لم يشترط فيه موضع فن شبهه بالزكاة في انه حق للمساكين فقال لا ينتقل من موضعه . وأما
من رأى ان المتصود بذلك انما هو الرفق بمساكين مكة قال لا يطعم الا مساكين مكة ومن اعتمد
ظاهر الاطلاق قال يطعم حيث شاء . وأما اختلاف فهم في الحلال يقتل الصيد في الحرم هل عليه

كفارة أم لا فسيبه هل يقاس في الكفارات عند من يقول بالقياس وهل القياس أصل من أصول الشرع عند الذين يختلفون فيه فأهل الظاهر ينغون قياس قتل الصيد في الحرم على الحرم لمنعهم القياس في الشرع ويحقق على أصل أبي حنيفة أن يمنع لمنعه القياس في الكفارات ولا خلاف بينهم في تعلق الاتمة بتولده سبحانه (أو لم ير وأنا جعلنا حرماً آمناً ويتخطف الناس من حولهم) وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: إن الله حرم مكة يوم خلق السموات والأرض وأما اختلافهم فبين قتله ثم كاهل عليه جزاء واحد أم جزاء آخر فسيبه هل كاهل تعدنان عليه سوى تعدى القتل أم لا وإن كان تعدياً قبل هو مساو للتعدى الأول أم لا وذلك أنهم اتفقوا على أنه إن أكل ثم ولما كان النظر في كفارة الجزاء يشتمل على أربعة أركان معرفة الواجب في ذلك ومعرفة من يجب عليه ومعرفة الفعل الذي لا جله يجب ومعرفة محل الوجوب وكان قد تقدم الكلام في أكثر هذه الأجناس وبقي من ذلك أمران، أحدهما اختلاف في بعض الواجبات من الأمثال في بعض المصيدات، والثاني ما هو صيد مما ليس بصيد يجب أن ينظر فيما بقي علينا من ذلك فمن أصول هذا الباب ما روى عن عمر بن الخطاب أنه قضى في الضبيع بكبش وفي الغزال بعز وفي الأرنب بعناق وفي اليربوع بجفرة واليربوع دويبة لها أربع قوائم وذنب تجتر كما تجتر الشاة وهي من ذوات الكروش والعز عند أهل العلم من المعز ما قد ولد أو ولد مثله والجفرة والعناق من المعز فالجفرة مأكل واستغنى عن الرضاع والعناق قيل فوق الحفرة وقيل دونها وخالف مالك هذا الحديث فقال في الأرنب واليربوع لا يقومان إلا بما يجوز هدياً وأخيه وذلك الجذع فما فوقه من الضأن والثني فما فوقه من الأبل والبقرو حجة مالك قوله تعالى «هدياً بالغ الكعبة» ولم يختلفوا أن من جعل على نفسه هدياً أنه لا يجزئ به أقل من الجذع فما فوقه من الضأن والثني مما سواه وفي صغار الصيد عند مالك مثل ما في كبارها وقال الشافعي يفدى صغار الصيد بالمثل من صغار النعم وكبار الصيد بالكبار منها وهو مروي عن عمرو عثمان وعلي وابن مسعود وحجته أنها حقيقة المثل فعنده في النعمة الكبيرة بدنة وفي الصغيرة فصيل وأبو حنيفة على أصله في القيمة واختلفوا من هذا الباب في حمام مكة وغيره فقال مالك في حمام مكة شاة وفي حمام الحل حكومة. واختلف قول ابن القاسم في حمام الحرم غير مكة فقال مالك مرة شاة كحمام مكة ومرة قال حكومة كحمام الحل وقال الشافعي في كل حمام شاة وفي حمام سوى الحرم قيمته وقال داود كل شيء لا مثل له من الصيد فلا جزاء فيه إلا الحمام فإن فيه شاة ولعله ظن ذلك إجماعاً فإنه روى عن عمر بن الخطاب

ولا يخالف له من الصحابة وروى عن عطاء أنه قال: في كل شيء من الطير شاة واختلفوا من هذا الباب في بيض النعامة فقال مالك أرى في بيض النعامة عشر من البدنة وأبو حنيفة على أصله في القيمة ووافقه الشافعي في جذه المستلذ وبه قال أبو ثور وقال أبو حنيفة إن كان فيها فرخ ميت فعليه الجزاء أعني جزاء النعامة واشترط أبو ثور في ذلك أن يخرج حيًّا بموت وروى عن علي أنه قضى في بيض النعامة بأن يرسل النحل على الابل فإذا تبين لقاها سميت ما أصبت من البيض فقلت هذا هدى ثم ليس عليك ضمان ما فسد من الحمل وقال عطاء من كانت له ابل فالقول قول علي والافني كل بيضة درهمان قال أبو عمر وقد روى عن ابن عباس عن كعب بن عجرة عن النبي عليه الصلاة والسلام: في بيض النعامة يصيبه الحرم ثمنه من وجه ليس بالقوى وروى عن ابن مسعود أن فيه القيمة قال وفيه أثر ضعيف وأكثر العلماء على أن الجراد من صيد البر يجب على الحرم فيه الجزاء. واختلفوا في الواجب من ذلك فقال عمر رضي الله عنه قبضة من طعام وبه قال مالك وقال أبو حنيفة وأصحابه ثمرة خير من جرادة وقال الشافعي في الجراد قيمته وبه قال أبو ثور إلا أنه قال كل ما تصدق به من حفنة طعام أو ثمرة فهو له قيمة وروى عن ابن عباس أن فيها ثمرة مثل قول أبي حنيفة وقال ربيعة فيها صاع من طعام وهو شاذ وقد روى عن ابن عمر أن فيها شوية وهو أيضاً شاذ فهذه هي مشهورات ما اتفقوا على الجزاء فيه واختلفوا فيما هو الجزاء فيه. وأما اختلافهم فيما هو صيد مما ليس بصيد وفيما هو من صيد البحر مما ليس منه فاتهم اتفقوا على أن صيد البر حرم على الحرم إلا الخمس القواسق المنصوص عليها. واختلفوا فيما يلحق بها مما ليس يلحق وكذلك اتفقوا على أن صيد البحر حلال كله للحرم، واختلفوا فيما هو من صيد البحر مما ليس منه وهذا كله لقوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً) ونحن نذكر مشهور ما اتفقوا عليه من هذين الجنسيتين وما اختلفوا فيه (فتقول) ثبت من حديث ابن عمر وغيره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال خمس من الدواب ليس على الحرم جناح في قتلهن الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور. واتفق العلماء على القول بهذا الحديث وجمهورهم على القول بإباحة قتل ما تضمنه لكونه ليس بصيد وإن كان بعضهم اشترط في ذلك أوصافاً. واختلفوا هل هذا من باب الخاص أو يديه الخاص أو من باب الخاص أريد به العام والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العام اختلفوا في أي عام أريد بذلك فقال مالك الكلب العقور الوارد في الحديث إشارة إلى كل سبع عاود أن ما ليس بعاد من السباع

فليس للمحرم قتله ولم يرتل صغارها التي لا تعدو ولا ما كان منها أيضاً لا يعدو ولا خلاف بينهم في قتل الحية والافعى والاسود وهو مروي عن النبي عليه الصلاة والسلام من حديث أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تقتل الافعى والاسود وقال مالك لا أرى قتل الوزع والاخبار يقتلها متواترة لكن مطلقاً في الحرم ولذلك توقف فيها مالك في الحرم وقال أبو حنيفة لا يقتل من الكلاب العقورة الا الكلب الانسى والذئب وشذت طائفة فقالت لا يقتل الا الغراب الا بقع وقال الشافعي كل محرم الا كل فهو في معنى الخمس وعمدة الشافعي انه انما حرم على المحرم ما أحل للحلال وأن المباحة الا كل لا يجوز قتلها باجماع لنبي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البهايم وأما أبو حنيفة فلم يفهم من اسم الكلب الانسى فقط بل من معناه كل ذئب وحشى واختلغوا في الزبور فبعضهم شبهه بالعقرب وبعضهم رأى أنه أضعف نكايه من العقرب وبالحملة فالمنصوص عليها يتضمن أنواعها من الفساد فمن رأى أنه من باب الخاص أريد به العام أخطى بواحد واحد منها ما يشبهه ان كان له شبهة ومن لم يرتل ذلك قصر النهي على المنطوق به وشذت طائفة فقالت لا يقتل الا الغراب الا بقع فخصصت عموم الاسم الوارد في الحديث الثابت لما روى عن عائشة أنه عليه الصلاة والسلام قال خمس يقتلن في الحرم فذكر فيهن الغراب الا بقع وشذ النخعي فنعى الحرم قتل الصيد الا الفأرة . واما اختلافهم فيما هو من صيد البحر مما ليس هو منه فاتهم اتفقوا على أن السمك من صيد البحر واختلغوا فيما عدى السمك وذلك بناء منهم على أن ما كان منه يحتاج الى ذكاة فليس من صيد البحر وأكثر من ذلك ما كان محرماً ولا خلاف بين من يحل جميع ما في البحر في أن صيده حلال وانما اختلف هؤلاء فيما كان من الحيوان يعيس في البر وفي الماء بأى الحكيم يلحق وقياس قول أكثر العلماء انه يلحق بالذى عيشه فيه غالباً وهو حيث يولد والجمهور على أن طير الماء محكوم له بحكم حيوان البر وروى عن عطاء أنه قال في طير الماء حيث يكون أغلب عيشه يحكم له بحكمه . واختلغوا في نبات الحرم هل فيه جزاء أم لا فقال مالك لا جزاء فيه وانما فيه الاثم فقط للنهي الوارد في ذلك وقال الشافعي فيه الجزاء في الدوحة بقرة وفبادونها شاة وقال أبو حنيفة كل ما كان من غرس الانسان فلا شئ فيه وكل ما كان نباتاً بطبعه ففيه قيمة . وسبب الخلاف هل يقاس النبات في هذا على الحيوان لاجتماعهما في النهي عن ذلك في قوله عليه الصلاة

والسلام لا يَرَعِيدُها ولا يَعْصِدُ شَجَرها فهذا هو القول في مشهور مسائل هذا الجنس فلنقل في حكم الخالق رأسه قبل محل الخلق

(القول في فدية الاذى وحكم الخالق رأسه قبل محل الخلق)

وأما فدية الاذى فجمع أيضاً عليها الورود والكتاب بذلك والسنة . أما الكتاب فقولنا تعالى (فن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك) وأما السنة فحديث كعب بن عجرة أثبت أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرماً فأذاه القمل في رأسه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يخلق رأسه وقال له صم ثلاثة أيام أو اطعم ستة مساكين مسدين لكل إنسان أو اسك بشاة أى ذلك فعلت أجزأ عنك والكلام في هذه الآية على من تجب الفدية وعلى من لا تجب وإذا وجبت فما هي الفدية الواجبة وفي أى شيء تجب الفدية ولمن تجب ومتى تجب وأين تجب . فأما على من تجب الفدية فإن العلماء أجمعوا على أنها واجبة على كل من أخطأ الاذى من ضرورة لو رددنا النص بذلك واختلافوا في أماطه من غير ضرورة فقال مالك عليه الفدية المصنوع عليها وقال الشافعي وأبو حنيفة إن خلق دون ضرورة فأنما عليه دم فقط واختلافوا هل من شرط من وجبت عليه الفدية ما ماط الاذى أن يكون متعمداً أو الناسي في ذلك والمعتمد سواء فقال مالك العامد في ذلك والناسي واحد وهو قول أبي حنيفة والثوري والليث وقال الشافعي في أحد قولي وأهل الظاهر لا فدية على الناسي فمن اشترط في وجوب الفدية الضرورة فدل عليه النص ومن أوجب ذلك على غير المضطر فحججه أنه إذا وجبت على المضطر فهي على غير المضطر أوجب ومن فرق بين العامد والناسي فله فرق بين الشرع في ذلك بينهما في مواضع كثيرة ولعموم قوله تعالى (ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) ولعموم قوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ومن لم يفرق بينهما فقياساً على كثير من العبادات التي لم يفرق الشرع فيها بين الخطأ والنسيان . وأما ما يجب في فدية الاذى فإن العلماء أجمعوا على أنها ثلاث خصال على التحجير الصيام والاطعام والنسك لقوله تعالى ففدية من صيام أو صدقة أو نسك والجمهور على أن الاطعام هو لستة مساكين وأن النسك أقله شاة وروى عن الحسن وعكرمة ونافع أنهم قالوا الاطعام لعشرة مساكين والصيام عشرة أيام ودليل الجمهور حديث كعب بن عجرة الثابت . وأما من قال الصيام عشرة أيام فقياساً على صيام التمتع وتسوية الصيام مع الاطعام ولما

ورداً أيضاً في جزاء الصيد في قوله سبحانه (أو عدل ذلك صياماً) وأما كم يطعم اكل مسكين من المساكين الستة التي ورد فيها النص فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك لا اختلاف الاثني عشر في الاطعام في الكفارات فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم الاطعام في ذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم لكل مسكين وروى عن الثوري أنه قال من البر نصف صاع ومن التمر والزبيب والشعير صاع وروى أيضاً عن أبي حنيفة مثله وهو أصله في الكفارات. وأما ما تجب فيه القدية فاتفقوا على أنها تجب على من حلق رأسه لضرورة مرض أو حيوان يؤذيه في رأسه قال ابن عباس المرض ان يكون رأسه قروح والاذى القمل وغيره وقال عطاء المرض الصداع والاذى القمل وغيره والجمهور على أن كل ما منعه المحرم من لباس الثياب المخيطة وحلق الرأس وقص الاظفار انه اذا استباحه فعليه القدية أي دم على اختلاف بينهم في ذلك أو اطعام ولم يفرقوا بين الضرر وغيره في هذه الاشياء وكذلك استعمال الطبيب وقال قوم ليس في قص الاظفار شيء وقال قوم فيه دم وحكي ابن المنذر ان منع المحرم قص الاظفار اجماع واختلفوا فيمن أخذ بعض أظفاره فقال الشافعي وأبو ثور ان أخذ ظفر واحد أطعم مسكيناً واحداً وان أخذ ظفرين أطعم مسكينين وان أخذ ثلاثاً فعليه دم في مقام واحد وقال أبو حنيفة في أحد أقواله لا شيء عليه حتى يقصها كلها وقال أبو محمد بن حزم يقص المحرم أظفاره وشاربه وهو شذوذ وعنده الاقدية الا من حلق الرأس فقط للعذر الذي ورد فيه النص واجمعوا على منع حلق شعر الرأس. واختلفوا في حلق الشعر من سائر الجسد فالجمهور على أن فيه القدية وقال داود لا قدية فيه واختلفوا فيمن نتف من رأسه الشعرة والشعرتين أو من لحمه فقال مالك ليس على من نتف الشعر اليسير شيء الا ان يكون اماط به أذى فعليه المدينة وقال الحسن في الشعرة مدو في الشعرتين مدين وفي الثلاثة دم وبه قال الشافعي وأبو ثور وقال عبد الملك صاحب مالك فيما قل من الشعر اطعام وفيما كثر قدية فمن فهم من منع المحرم حلق الشعر انه عبادة سوى بين القليل والكثير ومن فهم من ذلك منع النظافة والزينة والاستراحة التي في حلقه فرق بين القليل والكثير لان القليل ليس في ازالته زوال أما موضع القدية فاختلغوا فيه فقال مالك يفعل من ذلك ما شاء أين شاء بمكة وبغيرها وان شاء ببلده وسواء عنده في ذلك ذبح النسك والاطعام والصيام وهو قول مجاهد والذي عند مالك ههنا هو نسك وليس بهدي فان الهدى لا يكون الا بمكة أو بمكة وبني وقال أبو حنيفة والشافعي الدم والاطعام لا يجزيان الا بمكة والصوم حيث شاء وقال ابن عباس ما كان من دم فبمكة وما كان من اطعام وصيام

فحيث شاء وعن أبي حنيفة مثله ولم يختلف قول الشافعي أن دم الأ طعام لا يحزى إلا المسكين
الحرم* وسبب الخلاف استعمال قياس دم النسك على الهدى فن قاسه على الهدى أوجب
فيه شروط الهدى من الذبح في المكان المخصوص به وفي مساكين الحرم وأن كان مالك يرى
أن الهدى يجوز اطعامه لغير مساكين الحرم والذي يجمع النسك والهدى هو أن المقصود بهما
منفعة المساكين المحاورين لبيت الله والخالف يقول أن الشرع لما فرق بين اسميهما فسمى
أحدهما نسكاً وسمى الآخر هدياً وجب أن يكون حكمهما مختلفاً . وأما الوقت فالجمهور على
أن هذه الكفارة لا تكون إلا بعد اماطة الأذى ولا يبعد أن يدخله الخلاف قياساً على كفارة
الايمن فهذا هو القول في كفارة اماطة الأذى واختلقوا في حلق الرأس هل هو من مناسك
الحج أو هو مما يتحلل به منه ولا خلاف بين الجمهور في أنه من أعمال الحج وأن الخلق أفضل
من التقصير لما ثبت من حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اللهم ارحم
المخلفين قالوا والمقصّر ين يا رسول الله قال اللهم ارحم المخلفين قالوا والمقصّر ين يا رسول الله قال
اللهم ارحم المخلفين قالوا والمقصّر ين يا رسول الله قال والمقصّر ين وأجمع العلماء على أن النساء
لا يخلقن وأن سنتهن التقصير واختلقوا هل هو نسك يجب على الحاج والمعتمر أولاً فقال مالك
الخلاق نسك للحاج وللمعتمر وهو أفضل من التقصير ويجب على كل من فاته الحج وأحصر
بعد وأمرض أو بعذر وهو قول جماعة الفقهاء إلا في المحصر بعدو فإن أبا حنيفة قال ليس
عليه حلاق ولا تقصير وبالجملة فمن جعل الخلاق أو التقصير مسكاً أوجب في تركه الدم ومن لم
يجعله من النسك لم يوجب فيه شيئاً *

(القول في كفارة المتمتع)

وأما كفارة المتمتع التي نص الله عليها في قوله سبحانه (فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من
الهدى) الآية فإنه لا خلاف في وجوبها وإنما الخلاف في المتمتع من هو وقد تقدم ما في ذلك
من الخلاف والقول في هذه الكفارة أيضاً يرجع إلى تلك الاجتناس بعينها على من تجب وما
الواجب فيها ومتى تجب ولمن تجب وفي أي مكان تجب ، فاما على من تجب فعلى المتمتع باتفاق
وقد تقدم الخلاف في المتمتع من هو وأما اختلافهم في الواجب فإن الجمهور من العلماء على أن
ما استيسر من الهدى هو شاة واحتج مالك في أن اسم الهدى قد ينطلق على الشاة بقوله تعالى في
جزاء الصيد هدي بالغ الكعبة ومعلوم بالاجماع أنه قد يجب في جزاء الصيد شاة وذهب ابن عمر

الى ان اسم الهدى لا ينطبق الا على الابل والبقر وأن معنى قوله تعالى فما استيسر من الهدى
أى بقره أدون من بقره و بدنة أدون من بدنة وأجمعوا ان هذه الكفارة على الترتيب وان من
لم يجد الهدى فعليه الصيام . واختلّفوا فى حد الزمان الذى يلتزم باقتضائه فرضه من الهدى
الى الصيام فقال مالك اذا شرع فى الصوم فقد انتقل واجبه الى الصوم وان وجد الهدى فى
أناء الصوم وقال أبو حنيفة ان وجد الهدى فى صوم الثلاثة الايام لزمه وان وجد فى صوم
السبعة لم يلزمه وهذه المسئلة نظير مسئلة من طلع عليه الماء فى الصلاة وهو متمم * وسبب
الخلاف هو هل ما هو شرط فى ابتداء العبادة هو شرط فى استمرارها وانما فرق أبو حنيفة بين
الثلاثة والسبعة لان الثلاثة الايام هى عنده بدل من الهدى والسبعة ليست ببدل وأجمعوا على
انه اذا صام الثلاثة الايام فى العشر الاول من ذى الحجة انه قد أتى بها فى محلها لقوله سبحانه
فصيام ثلاثة أيام فى الحج ولا خلاف ان العشر الاول من أيام الحج واختلّفوا فى من صامها فى
أيام عمل العمرة قبل أن يهمل بالحج أو صامها فى أيام منى فاجاز مالك صيامها فى أيام منى
ومنعها أبو حنيفة وقال اذا فاتته الايام الاول وجب الهدى فى ذمته ومنعه مالك قبل الشروع
فى عمل الحج وأجازها أبو حنيفة * وسبب الخلاف هل ينطبق اسم الحج على هذه الايام
المختلف فيها أم لا وان انطلق فهل من شرط الكفارة أن لا تجزى الا بعد وقوع موجبها
فن قال لا تجزى كفارة الا بعد وقوع موجبها قال لا تجزى الصوم الا بعد الشروع فى
الحج ومن قاسها على كفارة الايمان قال يجزى وانفقوا أنه اذا صام السبعة الايام فى أهله
أجزأه واختلّفوا اذا صامها فى الطريق فقال مالك يجزى الصوم وقال الشافعى لا يجزى وسبب
الخلاف الاحتمال الذى فى قوله سبحانه اذا رجعت فان اسم الرجوع ينطلق على من فرغ من
الرجوع وعلى من هو فى الرجوع نفسه فمذهبه الكفارة التى ثبتت بالسمع وهى من المتفق
عليها ولا خلاف ان من فاتته الحج بعد أن شرع فيه ما بقوات ركن من أركانه وأما من قبل
غلبه فى الزمان أو من قبل جهله أو نسيانه أو تيمانه فى الحج فعلا مفسد له فان عليه القضاء اذا
كان حياً واجباً وهل عليه هدى مع القضاء اختلّفوا فيه وان كان تطوعاً فهل عليه قضاء أم لا
الخلاف فى ذلك كله لكن الجمهور على أن عليه الهدى لكونه التقصان الداخل عليه مشعراً
بوجوب الهدى وشدقهم فتالوا لا هدى أصلاً ولا قضاء الا أن يكون فى حرج واجتب ومما
ينخص الحج الناسد عند الجمهور ردون سائر العبادات انه يعمضى فيه المفسد له ولا يقطع عليه وعليه دم
و شدقهم فتالوا هو كسائر العبادات وعمدة الجمهور ظاهر قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله

فالجهور وعمهوا والمخالفون خضعوا قياساً على غير هامن العبادات اذا وردت عليها المنقسات
وانتقوا على أن المنقسد للحج امامن الافعال المأمور بها فترك الاركان التي هي شرط في صحته
على اختلافهم فيما هو ركن مما ليس بركن وأما من التروك المنهى عنها فالجماع وان كان اختلافوا
في وقت الذي اذا وقع فيه الجماع كان مفسداً للحج فاما اجماعهم على افساد اجماع للحج
فلتو له سبحانه (من فرض فيمن الحج فلا رقت ولا فسوق ولا جدال في الحج) وانتقوا على ان
من وطىء قبل الوقوف بعرفة فقد أفسد حجه وكذلك من وطىء من المعتمرين قبل أن يطوف
ويسعى واختلغوا في فساد الحج بالوطء بعد الوقوف بعرفة وقبل رمي جمرة العقبة وبعده رمي
الجمرة وقبل طواف الافاضة الذي هو الواجب فقال مالك والشافعي من وطىء قبل رمي جمرة
العقبة فقد فسد حجه وعليه الهدي والتضاء وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري عليه الهدي
بدنة وحجه تام وقد روى مثل هذا عن مالك وقال مالك من وطىء بعد رمي جمرة العقبة وقبل
طواف الافاضة فحجه تام وبقول مالك في ان الوطء قبل طواف الافاضة لا يفسد الحج قال
الجمهور ويلزمه عندهم الهدي وقالت طائفة من وطىء قبل طواف الافاضة فسد حجه وهو
قول ابن عمر * وسبب الخلاف ان للحج تحملاً يشبه السلام في الصلاة وهو التحلل الا كبر
وهو الافاضة وتحللاً أصغر وهل يشترط في اباحة الجماع التحللان أو أحدهما ولا خلاف
بينهم ان التحلل الاصغر الذي هو رمي الجمرة يوم النحر انه يحل به الحاج من كل شيء حرم عليه
بالحج الا النساء والطيب والصيد فانهم اختلفوا فيه والمشهور عن مالك انه يحل له كل شيء الا
النساء والطيب وقيل عنه الا النساء والطيب والصيد لان الظاهر من قوله واذا حلتم فاصطادوا
انه التحلل الا كبر وانتقوا أيضاً على ان المعتمر يحل من عمرته اذا طاف بالبيت وسعى بين
الصفاء والمروة وان لم يكن حلق ولا قصر لثبوت الآثار في ذلك الا خلافاً شاذاً روى عن
ابن عباس انه يحل بالطواف وقال أبو حنيفة لا يحل الا بعد الحلاق وإن جامع قبله فسدت
عمرته واختلفوا في صفة الجماع الذي يفسد الحج وفي مقدماته فاجمهور على ان التمتع الحتانين
يفسد الحج ويحتمل من يشترط في وجوب الطهر الانزال مع التمتع الحتانين ان يشترطه في
الحج واختلفوا في انزال الماء في ما دون العرج فقال أبو حنيفة لا يفسد الحج الا الانزال في
العرج وقال الشافعي ما يوجب الحد يفسد الحج وقال مالك الانزال نفسه يفسد الحج وكذلك
مقدماته من المباشرة والقبلة واستحب الشافعي فيمن جامع دون العرج أن يهدي واختلغوا
فبين وطىء مرارا فقال مالك ليس عليه الا هدي واحد وقال أبو حنيفة ان كرر الوطء في

مثل الذى عليه وقال أبو حنيفة ليس عليه الا الافراد لانه قد طاف لعمرته فليس يقضى الا ما فاته وجمهور العلماء على أن من فاته الحج أنه لا يقيم على احرامه ذلك الى عام آخر وهذا هو الاختيار عند مالك الا أنه أجاز ذلك ليسقط عنه الهدى ولا يحتاج أن يتحل بعمره وأصل اختلافهم فى هذه المسئلة اختلافهم فىمن أحرم بالحج فى غير أشهر الحج فمن لم يجعله محرماً لم يجز للذى فاته الحج ان يبقى محرماً الى عام آخر ومن أجاز الا حرام فى غير أيام الحج أجاز له البقاء محرماً قال القاضى فقد قلنا فى الكفارات الواجبة بالنص فى الحج وفى صفة القضاء فى الحج الفائت والفاقد وفى صفة احلال من فاته الحج وقلنا قبل ذلك فى الكفارات المنصوص عليها وما للحق الفهماء بذلك من كفارة المفسد حجه وبقى ان نقول فى الكفارات التى اختلفوا فيها فى ترك نسك نسك منها من مناسك الحج مما لم ينص عليه .

(القول فى الكفارات المسكوت عنها)

فتقول ان الجمهور اتفقوا على أن النسك ضربان نسك هو سنة مؤكدة ونسك هو مرغى فيه فالذى هو سنة يجب على تاركه الدم لانه حجب ناقص أصله الممتع والقارن وروى عن ابن عباس انه قال من فاته من نسكه شئ فعليه دم . وأما الذى هو هل فلم ير وافيه دما ولكنهم اختلفوا اختلافا كثيرا فى ترك نسك نسك هل فيه دم أم لا وذلك لاختلافهم فيه هل هو سنة أو نفل . وأما ما كان فرضا فلا خلاف عندهم انه لا يجبر بالدم واما يختلفون فى الفعل الواحد نفسه من قبل اختلافهم هل هو فرض أم لا . وأما أهل الظاهر فانهم لا يرون دما الا حيث ورد النص لتركهم القياس وبخاصة فى العبادات وكذلك اتفقوا على ان ما كان من التروك مسنونا ففعل فقيه فدية الاذى وما كان مرغى فيه فليس فيه شئ واختلفوا فى ترك فعل فعل لا اختلافهم هل هو سنة أم لا وأهل الظاهر لا يوجبون الفدية الا فى المنصوص عليه ونحن نذكر المشهور ان اختلاف الفقهاء فى ترك نسك نسك أعنى فى وجوب الدم أولا وجوبه من أول المناسك الى آخرها وكذلك فى فعل محظور ومحظور فأول ما اختلفوا فيه من المناسك من جاوز الميقات فلم يحرم هل عليه دم فقال قوم لا دم عليه وقال قوم عليه الدم وان رجع وهو قول مالك وابن المبارك وروى عن الثورى وقال قوم ان رجع اليه فليس عليه دم وان لم يرجع فعليه دم وهو قول الشافعى وأبى يوسف ومحمد ومشهور قول الثورى وقال أبو حنيفة ان رجع مليا فلا دم عليه وان رجع غير مليا كان عليه الدم وقال قوم هو فرض ولا يجبره بالدم واختلفوا

فحين غسل رأسه بالخطمي فقال مالك وأبو حنيفة يفتدى وقال الثوري وغيره لا شيء
 عليه ورأى مالك أن في الحمام انفية وابعده الا كثرون وروى عن ابن عباس من طريق
 ثابت دخوله والجهور على أنه يفتدى من لبس من المحرمين ما نهى عن لباسه واختلفوا اذا لبس
 السراويل لعدمه الا زار هل يفتدى أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يفتدى وقال الثوري وأحمد
 وأبو ثور وداد ولا شيء عليه اذا لم يجد ازاراً وعمدة من منع النهي المطلق وعمدة من لم يقيده فدية
 حديث عمر وبن دينار عن جابر وابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
 : السراويل لمن لم يجد الا زار والخف لمن لم يجد النعلين واختلفوا في لبس الخفين مقطوعين مع
 وجود النعلين فقال مالك عليه الفدية وقال أبو حنيفة لا فدية عليه والقولان عن الشافعي
 واختلفوا في لبس المرأة القفازين هل فيه فدية أم لا وقد ذكرنا كثير من هذه الاحكام في باب
 الاحرام وكذلك اختلفوا في ترك التلبية دل عليه دم أم لا وقد تقدم وانفقة واعلى أن من
 نكس الطواف أو نسي شوطاً من أشواطه أنه يعيده مادام مكة واختلفوا اذا بلغ الى أهله فقال
 قوم منهم أبو حنيفة يحزبه الدم وقال قوم بل يعيد ويحيز ما نقصه ولا يحزبه الدم وكذلك اختلفوا
 في وجوب الدم على من ترك الرمل في الثلاثة الاشواط وبالوجوب قال ابن عباس والشافعي
 وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور واختلف في ذلك قول مالك وأصحابه والخلاف في هذه الاشياء كلها
 مبناه على أنه هل هو سنة أم لا وقد تقدم القول في ذلك وتبيل الحجر وتبيل يده بعد وضعها عليه
 اذا لم يصل الحجر عند كل من لم يوجب الدم قياساً على المتمتع اذا تركه فيه دم وكذلك اختلفوا في
 نسي ركعتي الطواف حتى رجع الى بلد هل عليه دم أم لا فقال مالك عليه دم وقال الثوري
 يركعه مادام في الحرم وقال الشافعي وأبو حنيفة يركعهما حيث شاء والذين قالوا في طواف
 الوداع أنه ليس بفرض اختلفوا في تركه ولم يتمكن له العودة اليه دل عليه دم أم لا فقال مالك
 ليس عليه شيء الا ان يكون قريباً فيعود وقال أبو حنيفة والثوري عليه دم ان لم يعد وانما يرجع
 عندهم ما لم يبلغ المواقيت وحجة من لم يرد سنة مؤكدة سقوطه عن المكي والحائض وعند أبي
 حنيفة أنه اذا لم يدخل الحجر في الطواف أعاد ما لم يخرج من مكة فان خرج فعليه دم واختلفوا
 هل من شرط صحة الطواف المشي فيه مع القدرة عليه فقال مالك هو من شرطه كالقيام في الصلاة
 فان عجز كان كصلاة القاعد ويعيد عنده أبداً الا اذا رجع الى بلد فان عليه دم وقال
 الشافعي الركوب في الطواف جائز لان النبي صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت راكباً من غير
 مرض ولكنه أحب ان يستشرف الناس اليه ومن لم ير السعي واجبا فعليه فيه دم اذا انصرف

الى بلده ومن رآه تطوعا لم يوجب فيه شيئا وقد تقدم اختلافهم أيضا فمين قدم السعي على الطواف هل فيه دم اذ لم يعد حتى يخرج من مكة أم ليس فيه دم واختلفوا في وجوب الدم على من دفع من عرفة قبل الغروب فقال الشافعي وأحمدان عا د دفع بعد غروب الشمس فلا دم عليه وان لم يرجع حتى طلع الفجر وجب عليه الدم وقال أبو حنيفة والثوري عليه الدم يرجع أو لم يرجع وقد تقدم هذا واختلفوا فمين وقف من عرفة بعرفة فقال الشافعي لا حج له وقال مالك عليه دم* وسبب الاختلاف هل النهي على الوقوف بهامن باب الحظر أو من باب الكراهية وقد ذكرنا في باب أفعال الحج الى انضمامها كثير أمن اختلافهم فيما في تركه دم وما ليس فيه دم وان كان الترتيب يقتضى ذكره في هذا الموضع والاسهل ذكره هناك قال القاضي فقد قلنا في وجوب هذه العبادة وعلى من تجب وشروط وجوبها ومتى تجب وهي التي تجرى محرى المقدمات لمعرفة هذه العبادة وقلنا بعد ذلك في زمان هذه العبادة ومكانها ومحظوراتها وما اشتملت عليه أيضا من الأفعال في مكان مكان من اما كنها وزمان زمان من ازممتها الجزئية الى انتضاء زمانها ثم قلنا في احكام التحلل الواقع في هذه العبادة وما يقبل من ذلك الاصلاح بالكفارات وما لا يقبل الاصلاح بل يوجب الاعداء وقلنا أيضا في حكم الاعداء بحسب موجباتها وفي هذا الباب يدخل من شرع فيها فأحصر بمرض أو عدا أو غير ذلك والذي بقي من أفعال هذه العبادة هو القول في الهدى وذلك أن هذا النوع من العبادات هو جزء من هذه العبادة وهو مما ينبغي أن يفرد بالنظر فلتقل فيه

(القول في الهدى)

فنتقول ان النظر في الهدى يشتمل على معرفة وجوبه وعلى معرفة جنسه وعلى معرفة سنه وكيفيته سوقه ومن أين يساق والى أين ينتهى بسوقه وهو موضع نحره وحكم لحمة بعد الذبح فتقول انهم قد أجمعوا على ان الهدى المسوق في هذه العبادة منه واجب ومنه تطوع فالواجب منه ما هو واجب بالنذر ومنه ما هو واجب في بعض أنواع هذه العبادة ومنه ما هو واجب لانه كفارة فاما ما هو واجب في بعض أنواع هذه العبادة فهو هدى المتبتع باتفاق وهدى القارن باختلافه وأما الذى هو كفارة فهدى القضاء على مذهب من يشترط فيه الهدى وهدى كفارة الصيد وهدى القاء الاذى والتفت وما أشبه ذلك من الهدى الذى قاسه الفقهاء في الاخلال بنسك أنسك منها على المنصوص عليه فاما جنس الهدى فان العلماء متفقون

على انه لا يكون الهدى الامن الا از واج النخانية التي نص الله عليها وان الافضل في الهدايا هي الابل ثم البقر ثم الغنم ثم المعز وانما اختلفوا في الضحايا رأما الاستان فانهم أجمعوا ان الثني ما فوقه يحزى منها وانه لا يحزى الجذع من المعز في الضحايا والهدايا لقوله عليه الصلاة والسلام لا بى ردة: لا يحزى عنك ولا يحزى عن أخذ بعدك واختلفوا في الجذع من الضأن فأكثرا أهل العلم يقولون بجوازها في الهدايا والضحايا وكان ابن عمر يقول لا يحزى في الهدايا الا الثني من كل جنس ولا خلاف في ان الاغلى ثمن من الهدايا أفضل وكان الزبير يقول لبنيه يا بني لا يهدين أحدكم لله من الهدى شيئا يستحى أن يهديه لكرمه فان الله أكرم الكرماء وأحق من اختياره وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الرقاب وقد قيل لدايتها أفضل فقال: أغلاها ثمنوا أنفسها عند أهلها وليس في عدد الهدى حدم معلوم وكان هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة وأما كيفية سوق الهدى فهو التقليد والاشعار بانه هدى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج عام الحديبية فلما كان بذى الحليفة قد الهدى وأشعره وأحرم وإذا كان الهدى من الابل والبقر فلا خلاف انه يقبل بعلا أو نعلين أو ما أشبه ذلك لمن لم يجد النعال واختلفوا في تقليد الغنم فقال مالك وأبو حنيفة لا تقلد الغنم وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود تقلد لحديث الاعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم أهدى الى البيت مرة غنما فقلده واستحبوا توجيهه الى القبلة في حين تقليده واستحب مالك الاشعار من الجانب الايسر لما رواه عن نافع عن ابن عمر انه كان اذا أهدى هديا من المدينة قلده وأشعره بذى الحليفة قلده قبل أن يشعره وذلك في مكان واحد وهو موجه للقبلة يقلده بنعلين ويشعره من الشق الايسر ثم يساق معه حتى يوقف به مع الناس بعرفة ثم يدفع به معهم اذا دفعوا واذا قدم منى غداة النحر قبل أن يحلق أو يتصرف وكان هو ينحرف هديه بيده يصنعن قياما ويوجهن القبلة ثم يأكل ويطعم واستحب الشافعي وأحمد وأبو ثور الاشعار من الجانب الايمن لحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى الظهر بذى الحليفة ثم دعا عبدة فأشعرها من صفحة سنامها الايمن ثم سالت الدم عنها وقلدها بنعلين ثم ركب راحلته فلما استوت على البيداء أهل بالحج . وأما من أين يساق الهدى فان مالك يرى ان من سنته أن يساق من الحل ولذلك ذهب الى ان من اشترى الهدى بمكة ولم يدخله من الحل ان عليه أن يبقه بعرفة وان لم يفعل فعليه البدل وأما ان كان أدخله من الحل فيستحب له أن يبقه بعرفة وهو قول ابن عمر وبه قال الليث وقال الشافعي والثوري وأبو ثور وقوف الهدى بعرفة سنة ولا

خرج على من لم يفقه كان داخلا من الحل أو لم يكن وقال أبو حنيفة ليس توقيف الهدى بعرفة من السنة وحجة مالك في ادخال الهدى من الحل الى الحرم ان النبي عليه السلام كذلك فعل وقال خذوا عني مناسككم وقال الشافعي التعريف سنة مثل التقليد وقال أبو حنيفة ليس التعريف بسنة وإنما فعل ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لان مسكنه كان خارج الحرم وروى عن عائشة التخيير في تعريف الهدى أولا تعريفه . وأما محله فهو البيت العتيق كما قال تعالى « ثم محله الى البيت العتيق » وقال « هديا بالغ الكعبة » وأجمع العلماء على ان الكعبة لا يجوز لاحتداد فيها ذبح وكذلك المسجد الحرام وان المعنى في قوله هديا بالغ الكعبة انه إنما أراد به النحر بمكة احسانا منه لمساكينهم وقراءتهم وكان مالك يقول انما المعنى في قوله هديا بالغ الكعبة بمكة وكان لا يميز لمن نحر هديه في الحرم الا أن ينحره بمكة وقال الشافعي وأبو حنيفة ان نحره في غير مكة من الحرم أجزأه وقال الطبري يجوز نحر الهدى حيث شاء المهدى الا هدى القران وجزاء الصيد فانهم لا ينحرون الا بالحرم وبالجملة فالنحر بمنى اجماع من العلماء وفي الصمرة بمكة الا ما اختلفوا فيه من نحر المحصر وعندما مالك ان نحر للحج بمكة وللعمرة بمنى أجزأه وحجة مالك في انه لا يجوز النحر بالحرم الا بمكة قوله صلى الله عليه وسلم : وكل فجاج مكة وطرقها منحر واستثنى مالك من ذلك هدى المدينة فاجاز ذبحه بغير مكة . واما من ينحر فان مالكا قال ان ذبح هدى التمتع والتطوع قبل يوم النحر لم يحزه وجوزه أبو حنيفة في التطوع وقال الشافعي يجوز في كلهما قبل يوم النحر ولا خلاف عند الجمهور ان ما عدل من الهدى بالصيام انه يجوز حيث شاء لانه لا منفعة في ذلك لالا هل الحرم ولا لاهل مكة وانما اختلفوا في الصدقة المعدولة عن الهدى فجمهور العلماء على انها لمساكين مكة والحرم لانها بدل من جزاء الصيد الذي هو لهم وقال مالك الاطعام كالصيام يجوز بغير مكة . وأما صفة النحر فالجمهور مجمعون على ان التسمية مستحبة فيها لانها ذكاة ومنهم من استحبه مع التسمية التكبير ويستحب للمهدى أن يلبس محر هديه بيده وان استخلف جاز وكذلك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم في هديه ومن ستمها أن تنحر فيما مالت قوله سبحانه « فاذكروا اسم الله عليها صواف » وقد تكلم في صفة النحر في كتاب الذبايح . وأما ما يجوز لصاحب الهدى من الانتفاع به وباحمه فان في ذلك مسائل مشهورة ، أحدها هل يجوز له ركوب الهدى الواجب أو التطوع فذهب أهل الظاهر الى أن ركوبه جائز من ضرورة ومن غير ضرورة وبعضهم أوجب ذلك وكرهه جمهور فقهاء الامصار ركوبها من غير

ضرورة والحجة للجمهور وما خرج به أبو داود عن جابر وقد سئل عن ركوب الهدى فقال
 سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اركبوا بالمعروف اذا أُلجئت إليها حتى تجد ظهراً
 ومن طريق المعنى ان الانتفاع بما قصد به القرية الى الله تعالى منعه مفهوم من الشريعة وحجة
 أهل الظاهر ما رواه مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله
 عليه وسلم : رأى رجلاً يسوق بدنة فقال اركبها فقال يا رسول الله انها هدى فقال اركبها
 ويالك في الثانية أو في الثالثة وأجمعوا ان هدى التطوع اذا بلغ محله انه يأكل منه صاحبه
 كسائر الناس وانه اذا عطب قبل أن يبلغ محله خلى بينه وبين الناس ولم يأكل منه وزاد
 داود ولا يطعم منه شيئاً أهل رفقة لما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث بالهدى مع
 ناجية الاسامي وقال له ان عطب منها شيء فأنحره ثم أصبغ نعليه في دمه وخل بينه وبين الناس
 وروى عن ابن عباس هذا الحديث فزاد فيه ولا تأكل منه أنت ولا أهل رفقتك وقال
 بهذه الزيادة داود وأبو ثور واختلفوا في يجب على من أكل منه فقال مالك إن أكل
 منه وجب عليه بدله وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وابن حبيب من أصحاب
 مالك عليه قيمة ما أكل أو أمراً كله طعماً ما يتصدق به وروى ذلك عن علي وابن مسعود
 وابن عباس وجماعة من التابعين وماعطى في الحرم قبل أن يصل مكة فهل بلغ محله أم لا
 فيه الخلاف مبني على الخلاف المتقدم هل الحل هو مكة أو الحرم . وأما الهدى الواجب اذا
 عطب قبل محله فان لصاحبه أن يأكل منه لان عليه بدله ومنهم من أجاز له بيع لحمه وأن
 يستعين به في البدل وكره ذلك مالك واختلفوا في الاكل من الهدى الواجب اذا بلغ محله فقال
 الشافعي لا يؤكل من الهدى الواجب كله ولحمه كله للمساكين وكذلك جله ان كان محلاً
 والنعل الذي قلده وقال مالك يؤكل كل من كل الهدى الواجب الاجزاء الصيد ونذر المساكين
 وفدية الاذى وقال أبو حنيفة لا يؤكل من الهدى الواجب الا هدى المتعة وهدى القران
 وعمدة الشافعي تشبيه جميع أصناف الهدى الواجب بالكفارة . وأما من فرق فلا يظهر
 في الهدى معنيان ، أحدهما انه عبادة مبتدأة والثاني انه كفارة وأحد المعنيين في بعضها أظهر من
 غلب شبهه بالعبادة على شبهه بالكفارة في نوع نوع من أنواع الهدى كهدى القران وهدى
 التمتع وبخاصة عند من يقول ان التمتع والقران أفضل لم يشترط ان لا يأكل لان هذا الهدى
 عندهم فضيلة لا كفارة تدفع العقوبة ومن غلب شبهه بالكفارة قال لا يأكله لا تقايمهم على
 انه لا يأكل صاحب الكفارة من الكفارة ولما كان هدى جزاء الصيد وفدية الاذى ظاهر

من أمرهما انهما كذا فلم يختلف هؤلاء الفقهاء في انه لا يأكل منها قال القاضي فقد قلنا في حكم الهدى وفي جنسه وفي سنده وكيفية سوقه وشرائط صحته من المكان والزمان وصفة نحره وحكم الانتفاع به وذلك ما قصدناه والله الموفق للصواب وبتمام القول في هذا بحسب ترتيبنا ثم القول في هذا الكتاب بحسب غرضنا والله الشكر والحمد كثير أعلى ما وفق وهدي ومن بد من التمام والكمال وكان الفراغ منه يوم الاربعاء التاسع من جمادى الاولى الذي هو من عام أربعة وثمانين وخمسائة وهو جزء من كتاب المجتهد الذي وضعته منذ أزيد من عشرين عاما أو نحوها والحمد لله رب العالمين كان رضى الله عنه عزيم حين تأليف الكتاب أولا ألا يثبت كتاب الحج ثم بدله بعد فأنبته

(بسم الله الرحمن الرحيم) وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الجهاد ﴾

والقول المحيط بأصول هذا الباب ينحصر في جملتين ، الجملة الاولى في معرفة أركان الحرب ،
الثانية في أحكام أموال الحار بين اذا تملكها المسلمون

﴿ الجملة الاولى ﴾ وفي هذه الجملة فصول سبعة ، أحدها معرفة حكم هذه الوظيفة ولما تلزم ، والثاني معرفة الذين يحاربون ، والثالث معرفة ما يجوز من النكاح في صنف صنف من أصناف أهل الحرب مما لا يجوز ، والرابع معرفة جواز شروط الحرب ، والخامس معرفة العدد الذين لا يجوز الفرار عنهم ، والسادس هل يجوز المهادة ، والسابع لماذا يحاربون

(الفصل الاول)

فأما حكم هذه الوظيفة فأجمع العلماء على انها فرض على الكفاية لا فرض عين الا عبد الله بن الحسن فانه قال انها تطوع وانما صار الجمهور لكونه فرضاً لقوله تعالى (كتب عليكم القتال وهو كره لكم) الآية . وأما كونه فرضاً على الكفاية أعني اذا قام به البعض سقط عن البعض فلقوله تعالى (وما كان المؤمنون لينفروا كافة) الآية وقوله (وكلا وعد الله الحسنى) ولم يخرج قط رسول الله صلى الله عليه وسلم للغزو الا وترك بعض الناس فاذا اجتمعت هذه اقتضى ذلك كون هذه الوظيفة فرضاً على الكفاية . واما على من يجب فهم الرجال الاحرار البالغون الذين يجدون

بما يغزون الاصحاء والمرضى ولا الزمنى وذلك لا خلاف فيه لقوله تعالى (ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج) وقوله (ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج الا تبة) . وأما كون هذه الفريضة تختص بالاحرار فلا أعلم فيها خلافا وامة العلماء متفقون على ان من شرط هذه الفريضة اذن الابوين فيها الا ان تكون عليه فرض عين مثل ان لا يكون هنالك من يقوم بالفرض الا بقيام الجميع به والا صل في هذا ما ثبت ان رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انى أريد الجهاد قال أحمى والدالك قال نعم قال فمهم ما فجاهدواختلفوا في اذن الابوين المشركين وكذلك اختلفوا في اذن الغريم اذا كان عليه دين لقوله عليه الصلاة والسلام وقد سأله الرجل: أيكفر الله عنى خطاياى ان مت صابرا محتسبا في سبيل الله قال نعم الا الدين كذلك قال لى جبريل آتقا والجمهور على جواز ذلك وبخاصة اذا تخلف وفاء من دينه

﴿الفصل الثاني﴾

فاما الذين يحاربون فاتهم على انهم جميع المشركين لقوله تعالى (وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله) الا ما روى عن مالك انه قال لا يجوز ابتداء الحبشة بالحرب ولا الترك لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال : ذروا الحبشة ما وذرتمكم وقد سئل مالك عن صحة هذا الاثر فلم يعترف بذلك لكن قال لم يزل الناس يتحامون غزوهم .

﴿الفصل الثالث﴾

وأما ما يجوز من النكاح في العدو فان النكاح لا تخلو أن تكون في الاموال أو في النفوس أو في الرقاب أعنى الاستعباد والتملك . فاما النكاح التي هي الاستعباد فهي جائزة بطريق الاجماع في جميع أنواع المشركين أعنى ذكراهم وإناثهم شيوخهم وصبيانهم صغارهم وكبارهم الا الرهبان فان قومار أو أن يتركو أو لا يؤسروا بل يتركو أو دون أن يعرض اليهم لا يقتل ولا باستعباد لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: فذرهم وما حسبوا أنفسهم اليه اتباعا لعل أبى بكر واكثر العلماء على ان الامام مخير في الاسارى في خصال منها أن يمن عليهم ومنها أن يستعبدهم ومنها أن يقتلهم ومنها أن يأخذ منهم الفداء ومنها أن يضرب عليهم الجزية وقال قوم لا يجوز قتل الاسير وحكى الحسن بن محمد التميمي انه اجماع الصحابة * والسبب في اختلافهم تعارض الآية في

هذا المعنى وتعارض الافعال ومعارضة ظاهر الكتاب لعله عليه الصلاة والسلام وذلك ان
 ظاهر قوله تعالى (فاذا قيمت الذين كفروا فاضرب الرقاب) الآية انه ليس للامام بعد الاسر الا
 المن أو القداء وقوله تعالى (ما كان لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الارض) الآية
 والسبب الذي نزلت فيه من أسارى بدر يدل على ان القتل أفضل من الاستعباد واما هو عليه
 الصلاة والسلام فقد قتل الاسارى في غير ماموطن وقدم واستعبد النساء وقد حكى أبو عبيد
 انه لم يستعبد احرا رذ كور العرب وأجمعت الصحابة بعده على استعباد أهل الكتاب ذكر انهم
 إن انهم فن رأى ان الآية الخاصة بقتل الاسارى ناسخة لعله قال لا يقتل الاسير ومن رأى
 أن الآية ليس فيها ذكر قتل الاسير ولا المقصود منها حصر ما يفعل بالاسارى بل فعله عليه
 الصلاة والسلام هو حكم زائد على ما في الآية ويحط العتب الذي وقع في ترك قتل أسارى
 بدر قال يجوز قتل الاسير والقتل انما يجوز اذا لم يكن يوجد بعد تأمين وهذا ما لا خلاف فيه
 بين المسلمين وانما اختلفوا فيمن يجوز تأمينه ممن لا يجوز وانفة واعلى جواز تأمين الامام
 وجههور العلماء على جواز امان الرجل الحر المسلم الاما كان ابن الماجشون يرى انه موقوف
 على اذن الامام واختلوا في امان العبد واما المرأة فالجمهور على جوازه وكان ابن الماجشون
 وسحنون يقولان امان المرأة موقوف على اذن الامام وقال أبو حنيفة لا يجوز امان العبد الا أن
 يتاقل * والسبب في اختلافهم معارضة العموم للقياس أما العموم فقوله عليه الصلاة والسلام
 :المسلمون تنكفأداؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم فهذا يوجب امان العبد
 بعمومه . وأما القياس المعارض له فهو ان الامان من شرطه الكمال والعبد ناقص بالعبودية
 فوجب أن يكون للعبودية تأثير في استناطه قياسا على تأثيرها في اسقاط كثير من الاحكام
 الشرعية وان يخص ذلك العموم بهذا القياس . واما اختلافهم في امان المرأة فسيببه
 اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام :قد أجرنا من أجزت يا أم هانئ وقياس المرأة في
 ذلك على الرجل وذلك أن من فهم من قوله عليه الصلاة والسلام :قد أجرنا من أجزت يا أم
 هانئ اجازة أمانها لا صحته في نفسه وانه لولا اجازته لذلك لم يؤثر قال امان للمرأة الا أن يجيزه
 الامام ومن فهم من ذلك ان امضاء أمانها كان من جهة انه قد كان انعقد وأثر لا من جهة ان
 اجازته هي التي صححت عقده قال امان المرأة جائز وكذلك من قاسها على الرجل ولم ير بينهما فرقا
 في ذلك أجاز أمانها ومن رأى انها ناقصة عن الرجل لم يحجز أمانها وكيفما كان فالامان غير مؤثر
 في الاستعباد وانما يؤثر في القتل وقد يمكن أن يدخل الاختلاف في هذا من قبل اختلافهم في

ألفاظ جموع المذكر هل يتناول النساء أم لا أعنى بحسب العرف الشرعى . وأما النكابة التي تكون في النفوس فهي القتل ولا خلاف بين المسلمين انه يجوز في الحرب قتل المشركين الذكرا والبالغين المقاتلين . وأما القتل بعد الاسرف فيه الخلاف الذى ذكرنا وكذلك لا خلاف بينهم فى انه لا يجوز قتل صبيانهم ولا قتل نسائهم ما لم تقا تل المرأة والصبي فاذا قاتلت المرأة استبيح دمها وذلك لما ثبت انه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء والولدان وقال فى امرأة مقتولة ما كانت هذه لتقاتل واختلفوا فى أهل الصوامع المستترعين عن الناس والعميان والزمنى والشيوخ الذين لا يقاتلون والمعنوه والحراث والعسيف فقال مالك لا يقتل الا عصى ولا المعنوه ولا أصحاب الصوامع ويترك لهم من أموالهم بقدر ما يعيشون به وكذلك لا يقتل الشيخ الفانى عنده وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال اشورى والا وزاعى لا يقتل الشيوخ فقط وقال الا وزاعى لا يقتل الحراث وقال الشافعى فى الاصح عنه يقتل جميع هذه الاصناف * والسبب فى اختلافهم معارضة بعض الآثار بخصوصها العموم الكتاب وعموم قوله عليه الصلاة والسلام الثالث : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وذلك ان قوله تعالى (فاذا اسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) يقتضى قتل كل مشرك راهبا كان أو غيره وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله . وأما الآثار التى وردت باستبقاء هذه الاصناف فمنها ما رواه داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيوشه قال : لا تقتلوا أصحاب الصوامع . ومنها أيضا ما روى عن أنس بن مالك عن النبي عليه الصلاة والسلام قال : لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا اخرجه أبو داود ومن ذلك أيضا ما رواه مالك عن أبى بكر انه قال : ستجدون قوما زعموا انهم حبسوا أنفسهم لله فدمهم وما حبسوا أنفسهم له وفيه ولا تقتلن امرأة ولا صبيا ولا كبيرا رهيا وشبهه أن يكون السبب الا مالك فى الاختلاف فى هذه المسئلة معارضة قوله تعالى (وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين) لقوله تعالى (فاذا اسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) الآية فمن رأى ان هذه ناسخة لقوله تعالى وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم لان القتال أولا انما أيسر لمن يقاتل الآية على عمومها ومن رأى أن قوله تعالى وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم هى محكمة وانها تتناول هؤلاء الاصناف الذين لا يقاتلون استثناء من عموم تلك وقد احتج الشافعى بحديث سمره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اقتلوا شيوخ المشركين

واستحيوا شرهم وكان العلة الموجبة للقتل عنده انما هي الكفر فوجب أن تطرده هذه العلة في جميع الكفار . وأما من ذهب الى انه لا يقتل الحراث فانه احسب في ذلك بما روى عن زيد ابن وهب قال أنا أنا كتاب عمر رضي الله عنه وفيه لا تغلوا ولا تغدر واولا تقتلوا وليداً واتقوا الله في الفلاحين وجاء في حديث رباح بن ربيعة النخعي عن قتل العسيف المشرك وذلك انه خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة غزاها فر رباح وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على امرأة مقتولة فوق رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها ثم قال ما كانت هذه لتقاتل ثم نظر في وجود القوم فقال لا حدهم الحق بخالد بن الوليد فلا يقتل ذرية ولا عسيفا ولا امرأة * والسبب الموجب بالجملة لا خلا فيهم اختلافهم في العلة الموجبة للقتل فمن زعم ان العلة الموجبة لذلك هي الكفر لم يستثن أحد من المشركين ومن زعم ان العلة في ذلك اطاقة القتال للنبي عن قتل النساء مع انهن كفار استثنى من لم يطق القتال ومن لم ينصب نفسه اليه كالقلاح والعسيف وصح النهي عن المثلثة واتفق المسلمون على جواز قتلهم بالسلاح واختلفوا في تحريقهم بالنار فذكره قوم تحريقهم بالنار ورميهم بها وهو قول عمر ويروى عن مالك وأجاز ذلك سفيان الثوري وقال بعضهم ان ابتداء العدو بذلك جاز والا فلا * والسبب في اختلافهم معارضة العموم للخصوص . أما العموم فمقتوله (فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) ولم يستثن قتلا من قتل . وأما الخصوص فمما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في رجل : ان قدرتم عليه فاقتلوه ولا تحرقوه بالنار فانه لا يعذب بالنار الا رب النار واتفق عوام الفقهاء على جواز رمي الحصون بالجانيق سواء كان فيها نساء وذرية أو لم يكن لما جاء ان النبي عليه الصلاة والسلام : نصب المنجنيق على أهل الطائف . وأما اذا كان الحصن فيه اسارى من المسلمين واطفال من المسلمين فمالت طائفة يكف عن رميهم بالمنجنيق وبه قال الاوزاعي وقال الليث ذلك جائز ومعتمد من لم يحزه قوله تعالى (لو ترى يلو العذبة الذين كفروا ومنهم عذابا أليما) الآية . وأما من أجاز ذلك فكانه نظر الى المصلحة فهذا هو مقدار النكابة التي يجوز أن تبلغ بهم في نفوسهم ورقابهم . وأما النكابة التي تجوز في أموالهم وذلك في المباني والحيوان والنبات فانهم اختلفوا في ذلك فاجاز مالك قطع الشجر والثمار وتخريب العامر ولم يحز قتل المواشي ولا تحريق النخل وكره الاوزاعي قطع الشجر المثمر وتخريب العامر كنيسة كان أو غير ذلك وقال الشافعي تحرق البيوت والشجر اذا كانت لهم معاقل وكره تخريب البيوت وقطع الشجر اذا لم يكن لهم معاقل * والسبب في اختلافهم مخالفة فعل أبي بكر في ذلك لفعله

عليه الصلاة والسلام وذلك انه ثبت انه عليه الصلاة والسلام: حرق نخل بني النضير وثبت عن أبي بكر انه قال لا تقطعن شجرا ولا تحرقن عامرا فن ظن ان فعل أبي بكر هذا إنما كان لمكان عامه بنسخ ذلك الفعل منه صلى الله عليه وسلم اذ لا يجوز على أبي بكر أن يخالفه مع عامه بفعله أو رأى ان ذلك كان خاصا ببني النضير لغزوهم قال بقول أبي بكر ومن اعقد فعله عليه الصلاة والسلام ولم يرقول أحد ولا فعله حجة عليه قال بتحريق الشجر وانما فرق مالك بين الحيوان والشجر لان قتل الحيوان مثله وقد نهى عن المثالة ولم يأت عنه عليه الصلاة والسلام انه قتل حيوانا فهذا هو معرفة النكابة التي يجوز أن تبلغ من الكفار في نفوسهم وأموالهم

* (الفصل الرابع) *

فاما شرط الحرب فهو بلوع الدعوة باتفاق أعنى انه لا يجوز حرابتهم حتى يكونوا قد بلعتم الدعوة وذلك شئ يجمع عليه من المسلمين لقوله تعالى (وما كنا معذنين حتى نبعث رسولا) وأما هل يجب تكرار الدعوة عند تكرار الحرب فيهم اختلافوا في ذلك فمنهم من أوجبها ومنهم من استحبها ومنهم من لم يوجبها ولا استحبها * والسبب في اختلافهم معارضة القول للفعل وذلك انه ثبت انه عليه السلام كان اذا بعث سرية قال لا ميرها: اذا اقيمت عدوك من المشركين فادعهم الى ثلاث خصال أو خلال فإتين ما أجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الاسلام فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين وأعلمهم أنهم ان فعلوا ذلك ان لهم مال المهاجرين وان عليهم ما على المهاجرين فان أبوا واختاروا دارهم فأعلمهم أنهم يكونون كاعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المؤمنين ولا يكون لهم في انفي عو الغنمية نصيب الا أن يجاهدوا مع المسلمين فانهم أبوا فادعهم الى اعطاء الجزية فان أحابوا فاقبل منهم وكف عنهم فان أبوا فاستعن بالله وقتلهم وثبت من فعله عليه السلام انه كان يبيت العدو ويعير عليهم مع الغدوات فمن الناس وهم الجاهل ومن ذهب الى ان فعله ناسخ لقوله وان ذلك إنما كان في أول الاسلام قبل أن تنتشر الدعوة بدليل دعوتهم فيه الى الهجرة ومن الناس من رجح القول على الفعل وذلك بان حمل الفعل على الخصوص ومن استحسن الدعاء فهو وجهه من الجمع .

﴿الفصل الخامس﴾

وأما معرفة العدد الذين لا يجوز الفرار عنهم فهم الضعف وذلك مجمع عليه لقوله تعالى (الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفاً) الآية وذهب ابن الماجشون ورواه عن مالك أن الضعف إنما يعتبر في القوة لا في العدد وأنه يجوز أن يفر الواحد عن واحد إذا كان أعتق جواداً منه وأجود سلاحاً وأشد قوة.

﴿الفصل السادس﴾

فأما هل تجوز المهادنة فإن قوماً أجازوها ابتداءً من غير سبب إذا رأى ذلك الإمام مصلحة للمسلمين وقوم لم يجزوها والامكان الضرورة الداعية لاهل الاسلام من فتنة أو غير ذلك أما بشئ يأخذونه منهم لا على حكم الجزية إذا كانت الجزية تماشى شرطها أن تؤخذ منهم وهم بحيث تنفذ عليهم أحكام المسلمين وإما بلا شئ يأخذونه منهم وكان الاوزاعى يجز أن يصلح الإمام الكفار على شئ يدفعه المسلمون الى الكفار إذا دعت الى ذلك ضرورة فتنة أو غير ذلك من الضرورات وقال الشافعى لا يعطى المسلمون الكفار شيئاً إلا أن يخافوا أن يضطلموا الكثرة العدو وقتلهم أو لحنة نزلت بهم ومن قال بإجازة الصلح إذا رأى الإمام ذلك مصلحة مالك والشافعى وأو حنيفة إلا أن الشافعى لا يجوز عنده الصلح لاكثر من المدة التي صالح عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم الكفار عام الحديبية * وسبب اختلافهم في جواز الصلح من غير ضرورة معارضة ظاهر قوله تعالى (فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) وقوله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر) لقوله تعالى وان جنحو للسلم فاجنح لها وتوكل على الله» فمن رأى أن آية الامر بالقتال حتى يسلموا أو يعطوا الجزية ناسخة لآية الصلح قال لا يجوز الصلح الا من ضرورة ومن رأى أن آية الصلح مخصصة لتلك قال الصلح جائز إذا رأى ذلك الإمام وعضد تأويله بفعله ذلك صلى الله عليه وسلم وذلك أن صلحه صلى الله عليه وسلم عام الحديبية لم يكن لموضع الضرورة. وأما الشافعى فلما كان الاصل عنده الامر بالقتال حتى يسلموا أو يعطوا الجزية وكان هذا مخصصاً عنده بفعله عليه السلام عام الحديبية لم ير أن يزداد على المدة التي صالح عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد اختلف في هذه المدة ف قيل كانت أربع سنين وقيل ثلاثا وقيل عشر سنين وبذلك

قل الشافعي وأما من أجاز أن يصاح المسلمون المشركين بأن يعطوا لهم المسلمون شيئا إذا دعت إلى ذلك ضرورة فتنة أو غيرها فخصيرا إلى ما روى أنه كان عليه السلام قد علم أن يعطى بعض ثمر المدينة لبعض الكفار الذين كانوا في جملة الأحزاب لمحبيهم فلم يوافقه على القدر الذي كان سمح له به من ثمر المدينة حتى أقر الله بنصره . وأما من لم يحز ذلك إلا أن يخاف المسلمون أن يعظموا وافيئاسا على اجتماعهم على جواز نداء أسارى المسلمين لأن المسلمين إذا صاروا في هذا الحد فهم بمنزلة الأسارى .

﴿الفصل السابع﴾

فأما لما اختلفوا في فائق المسلمون على أن المقصود بالجار به لا أهل الكتاب ما عدى أهل الكتاب من قریش ونصارى العرب هو أحد أمرين إما الدخول في الاسلام وإما إعطاء الجزية لقوله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وكذلك اتفق عامة الفقهاء على أخذها من الجوس لقوله صلى الله عليه وسلم : سنوهم سنة أهل الكتاب واختلّفوا فيما سوى أهل الكتاب من المشركين هل تقبل منهم الجزية أم لا فقال قوم تؤخذ الجزية من كل مشرك وبه قال مالك وقوم استثنوا من ذلك مشركي العرب وقال الشافعي وأبو ثور وجماعة لا تؤخذ إلا من أهل الكتاب والجوس . والسبب في اختلافهم معارضة العموم للخصوص . أما العموم فقوله تعالى (وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله) وقوله عليه السلام : أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله . وأما الخصوص فقوله لا مراة السرايا الذين كان يبعثهم إلى مشركي العرب ومعلوم أنهم كانوا غير أهل كتاب (فإذا التيت عدوك فادعهم إلى ثلاث خصال) فذكر الجزية فيها وقد تقدم الحديث فمن رأى أن العموم إذا تأخر عن الخصوص فهو ناسخ له قال لا تقبل الجزية من مشرك ما عدا أهل الكتاب لأن الآتى الأمر بقتالهم على العموم هي متأخرة عن ذلك الحديث وذلك أن الأمر بقتال المشركين عامة هو في سورة براءة وذلك عام الفتح وذلك الحديث آتاهو قبل الفتح بدليل دعائهم فيه للهجرة ومن رأى أن العموم يبنى على الخصوص تقدم أو تأخر أو جهل التتقدم والتأخر بينهما قال تقبل الجزية من جميع المشركين . وأما تخصيص أهل الكتاب من سائر المشركين فخرج

من ذلك العموم باتفاق بخصوص قوله تعالى (من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وسيأتى القول فى الجزية وأحكامها فى الجملة الثانية من هذا الكتاب فهذه هى أركان الحرب ومما يتعلق بهذه الجملة من المسائل المشهورة انتهى عن السفر بالقرآن الى أرض العدو وعامة الفقهاء على أن ذلك غير جائز لثبوت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أبو حنيفة يجوز ذلك اذا كان فى العساكر المأمونة * والسبب فى اختلافهم هل انتهى عام أو يذهب العام أو عام أو يذهب الخاص .

{ الجملة الثانية } والقول المحيط بأصول هذه الجملة ينحصر أيضاً فى سبعة فصول، الاول فى حكم الخمس، الثانى فى حكم الاربعة الخامس، الثالث فى حكم الافال، الرابع فى حكم ما وجد من أموال المسلمين عند الكفار، الخامس فى حكم الارضين، السادس فى حكم الفداء، السابع فى أحكام الجزية والمال الذى يؤخذ منهم على طريق الصلح

﴿ الفصل الاول ﴾

واتفق المسلمون على أن الغنيمة التى تؤخذ قسراً من أيدي الروم ما عدا الارضين ان خمسها للامام وأربعة أخماسها للذين غنوها لقوله تعالى واعلموا انما غنمنا من شئ فان لله خمسة وللرسول الآية واختلفوا فى الخمس على أربعة مذاهب مشهورة، أحدها أن الخمس يقسم على خمسة أقسام على نص الآية وبه قال الشافعى، والقول الثانى انه يقسم على أربعة أخماس وأن قوله تعالى « فان لله خمسة » هو افتتاح كلام وليس هوقسماً خامساً، والقول الثالث انه يقسم اليوم ثلثة أقسام وأن سهم النبي وذوى القربى سقط بموت النبي صلى الله عليه وسلم والقول الرابع أن الخمس بمنزلة الفى يعطى منه الفنى والفقير وهو قول مالك وعامة الفقهاء والذين قالوا يقسم أربعة أخماس أو خمسة اختلفوا فيما يفعل بسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وسهم القرابة بعدموته فقال قوم يرد على سائر الاصناف الذين لهم الخمس وقال قوم بل يرد على باقى الجيش وقال قوم بل يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للامام وسهم ذوى القربى لقرابة الامام وقال قوم بل يجعلان فى السلاح والعدة واختلفوا فى القرابة من هم فقال قوم بنوهاشم فقط وقال قوم بنو عبد المطلب وبنوهاشم * وسبب اختلافهم فى هل الخمس يقتصر على الاصناف المذكورين أم يعمد لغيرهم هو هل ذكركم الاصناف فى الآية المتصود منها تعيين الخمس لهم أم قصد التنبيه بهم على غيرهم

فيكون ذلك من باب الخاص أريد به العام فمن رأى أنه من باب الخاص أريد به الخاص قال لا يتعدى بالخمس تلك الاصناف المنصوص عليها وهو الذي عليه الجمهور ومن رأى أنه من باب الخاص أريد به العام قال يجوز للامام أن يصرفها فيما يراه صلاحاً لاهل المسلمين واحتج من رأى أن سهم النبي صلى الله عليه وسلم للامام بعده بما روى عنه عليه السلام أنه قال إذا أطعم الله نبياً طعمة فهو للخليفة بعده . وأما من صرفه على الاصناف الباقين أو على الغانمين فتشبيهاً بالصنف المحبس عليهم . وأما من قال القرابة هم بنوهاشم وبنو المطلب فإنه احتج بحديث جبير بن مطعم قال : قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى لبني هاشم وبني المطلب من الخمس قال وإنا بنوهاشم وبنو المطلب صنف واحد ومن قال بنوهاشم صنف فلا نهم الذين لا يحل لهم الصدقة واختلف العلماء في سهم النبي صلى الله عليه وسلم من الخمس فقال قوم الخمس فقط ولا خلاف عندهم في وجوب الخمس لغانب عن القسمة أو حضرها وقال قوم بل الخمس والصفى وهو سهم مشهور له صلى الله عليه وسلم وهو شئ كان يصطفيه من رأس الغنيمة فرس أو أمة أو عبد وروى أن صفية كانت من الصفى وأجمعوا على أن الصفى ليس لاحد من بعده رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا بأثورقائه قال يجرى مجرى سهم النبي صلى الله عليه وسلم

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأجمع جمهور العلماء على أن أربعة أخماس الغنيمة للغانمين إذا خرجوا باذن الامام واختلفوا في الخارجين بغير اذن الامام وفيمن يجب له سهمه من الغنيمة ومتى يجب وكما يجب وفيما يجوز له من الغنيمة قبل القسم فالجمهور على أن أربعة أخماس الغنيمة للذين غنموها خرجوا باذن الامام أو بغير ذلك لعموم قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شئ) الآية وقال قوم إذا خرجت السرية أو الرجل الواحد بغير اذن الامام فكل ما ساق نفل يأخذه الامام وقال قوم بل يأخذه كله الغانم فالجمهور متمسكون بظاهر الآية وهو لاء كانهم اعتدوا صورة الفعل الواقع من ذلك في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك أن جميع السرايا إنما كانت تخرج عن اذنه عليه السلام فكانهم رأوا أن اذن الامام شرط في ذلك وهو ضعيف . وأما من له السهم من الغنيمة فانهم انفقوا على الذكران الاحرار البالغين واختلفوا في اصدادهم أعني في النساء والعبيد ومن لم يبلغ من الرجال ممن قارب البلوغ فقال قوم ليس للعبيد ولا للنساء حظ من الغنيمة ولكن

يرضخ لهم وبه قال مالك وقال قوم لا يرضخ ولا لهم حظ الغنائم وقال قوم بل لهم حظ واحد من الغنائم وهو قول الاوزاعي وكذلك اختلفوا في الصبي المراهق فمنهم قال يقسم له وهو مذهب الشافعي ومنهم من اشترط في ذلك ان يطبق القتال وهو مذهب مالك ومنهم من قال يرضخ له * وسبب اختلافهم في العبيد هو هل عموم الخطاب يتناول الاحرار والعبيد معاً أم الاحرار فقط دون العبيد وايضاً فعمل الصحابة معارض لعموم الآية وذلك انه انشرفهم رضى الله عنهم أن العلمان لا يسهم لهم روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس ذكره ابن أبي شيبة من طرق عنهما قال أبو عمر بن عبد البر أصح ما روى من ذلك عن عمر مارواه سفيان ابن عيينة عن عمر و بن دينار عن ابن شهاب عن مالك بن إوس بن الحذان قال قال عمر ليس أحد الا وله في هذا المال حق الا ما ملكت أيما نكم واما صارا لجمهور الى ان المرأة لا تقسم لها و يرضخ بحديث أم عطية الثابت قالت كنا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنداوى الجرحى ونغرض المرضى وكان يرضخ لنا من الغنمة * وسبب اختلافهم هو اختلافهم في تشبيه المرأة بالرجل في كونها اذا غزت لها تأثير في الحرب أم لا فانهم اتفقوا على أن النساء مباح لهن الغزو فمن يشبهن بالرجال أوجب لهن نصيباً في الغنمة ومن رآهن ناقصات عن الرجال في هذا المعنى إمام يوجب لهن شيئاً وإما أوجب لهن دون حظ الغنائم وهو الا رضاخ والا ولى اتباع الاثر وزعم الاوزاعي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسهم للنساء بخير وكذلك اختلفوا في التجار والاجراء هل يسهم لهم أم لا فقال مالك لا يسهم لهم الا أن يقاتلوا وقال قوم بل يسهم لهم اذا شهدوا القتال * وسبب اختلافهم هو تخصيص عموم قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه) بالقياس الذي يوجب الفرق بين هؤلاء وسائر الغنائم وذلك أن من رأى ان التجار والاجراء حكمهم خلاف حكم سائر المجاهدين لانهم لم يقصدوا القتال وانما قصدوا إما التجارة وإما الاجارة استثناءهم من ذلك العموم ومن رأى ان العموم أقوى من هذا القياس أجرى العموم على ظاهره ومن حجة من استثناءهم ما خرج به عبد الرزاق ان عبد الرحمن ابن عوف قال لرجل من فقراء المهاجرين ان يخرج معهم فقال نعم فوعده فلما حضر الخروج دعاه فابى أن يخرج معه واعتذله بأمر عياله وأهله فاعطاه عبد الرحمن ثلاثة دنانير على ان يخرج معه فلما همزوا العد وسأل الرجل عبد الرحمن نصيبه من المغانم فقال عبد الرحمن سأذكر أمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تلك الثلاثة دنانير حظها ونصيبه من غزوه في أمر دنياه وآخرته وخرج

مثله أبو داود عن يعلى بن منبه ومن أجاز له القسم شبهه بالجمائل أيضاً وهو أن يعين أهل
 الديوان بعضهم بعضاً أعني يعين القاعد منهم الغازي وقد اختلف العلماء في الجمائل فأجازها
 مالك ومنعها غيره ومنهم من أجاز ذلك من السلطان فقط أو إذا كانت ضرورة وبه قال أبو
 حنيفة والشافعي . وأما الشرط الذي يجب به للمجاهد السهم من الغنمية فإن الاكثر على أنه إذا
 شهد القتال وجب له السهم وإن لم يقاتل وأنه إذا جاء بعد القتال فليس له سهم في الغنمية وبهذا
 قال الجمهور وقال قوم إذا لحقهم قبل أن يخرجوا إلى دار الاسلام وجب له حظه من الغنمية إن
 اشتغل في شيء من أسبابها وهو قول أبي حنيفة . والسبب في اختلافهم سببان القياس والاثم
 أما القياس فهو هل يلحق تأثير الغازي في الحفظ بتأثيره في الأخذ وذلك أن الذي شهد القتال له
 تأثير في الأخذ أعني في أخذ الغنمية وبذلك استحق السهم والذي جاء قبل أن يصلوا إلى بلاد
 المسلمين له تأثير في الحفظ فمن شبه التأثير في الحفظ بالتأثير في الأخذ قال يجب له السهم وإن لم
 يحضر القتال ومن رأى أن الحفظ أضعف لم يوجب له . وأما الاثر فإن في ذلك أثرين متعارضين
 أحدهما ما روى عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بعث ابان بن سعيد على
 سرية من المدينة قبل نجد فقدم ابان وأتخذه على النبي صلى الله عليه وسلم بخير بعد ما فتحوها
 فقال ابان إقسم لنا يا رسول الله فلم يقسم له رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ولا ثرا لثاني
 ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر: أن عثمان انطلق في حاجة الله وحاجة
 رسوله فضرب له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسهم ولم يضرب لأحد غاب عنها قالوا فوجب
 له السهم لأن اشتغاله كان بسبب الامام قال أبو بكر بن المنذر وثبت أن عمر بن الخطاب رضى
 الله عنه قال . الغنمية لمن شهد الواقعة . وأما السرايا التي تخرج من العساكر فتقسم فالجمهور على
 أن أهل العسكر يشاركونهم فيما غنموا وإن لم يشهدوا الغنمية ولا القتال وذلك لقوله عليه السلام
 وترد سرايهم على قعدتهم خرج أبو داود ولأن لهم تأثيراً أيضاً في أخذ الغنمية وقال الحسن
 البصري إذا خرجت السرية بأذن الامام من عسكره خمسها وما بقي فلا هل السرية وإن
 خرجوا بغير اذنه خمسها وكان ما بقي بين أهل الجيش كله وقال النخعي الامام بالخيار إن شاء
 خمس ما ترد السرية وإن شاء أقله كذا . والسبب أيضاً في هذا الاختلاف هو تشبيه تأثير
 العسكر في غنمية السرية بتأثير من حضر القتال بها وهم أهل السرية فاذن الغنمية إنما يجب عند
 الجمهور للمجاهد باحد شرطين ، إما أن يكون ممن حضر القتال ، وإما أن يكون ردءاً لمن حضر
 القتال . وأما كم يجب للمقاتل فانهم اختلفوا في الفارس فقال الجمهور للفارس ثلاثة أسهم سهم له

وسهمان لدرسه وقال أبو حنيفة للفرس سهمان سهم لدرسه وسهم له . والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار ومعارضة القياس للآثر وذلك أن أبا داود خرج عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم : أسهم لرجل وفرسه ثلاثة أسهم سهمان للفرس وسهم لراكبه وخرج أيضاً عن مجمع بن حارثة الانصاري مثل قول أبي حنيفة . وأما القياس المعارض لظاهر حديث ابن عمر فهو أن يكون سهم الفرس أكثر من سهم الانسان هذا الذي اعتقده أبو حنيفة في ترجيح الحديث الموافق لهذا القياس على الحديث المخالف له وهذا القياس ليس بشيء لأن سهم الفرس إنما استحقته الانسان الذي هو الفارس بالفرس وغير بعيد أن يكون تأثير الفارس بالفرس في الحرب ثلاثة أضعاف تأثير الراكب بل لعله واجب مع أن حديث ابن عمر أثبت وأما ما يجوز للمجاهدين يأخذون العنبة قبل القسم فإن المسلمين اتفقوا على تحريم الغلول لما ثبت في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل قوله عليه السلام ادوا الخياط والمحيط فإن الغلول عار وشنة على أهله يوم القيامة الى غير ذلك من الآثار الواردة في هذا الباب واختلفوا في اباحة الطعام للغزاة ما داموا في أرض الغز وفاباح ذلك الجمهور ومنع من ذلك قوم وهو مذهب ابن شهاب * والسبب في اختلافهم معارضة الآثار التي جاءت في تحريم الغلول للآثار الواردة في اباحة كل الطعام من حديث ابن عمر وابن المغفل وحديث ابن أبي أوفى فمن خصص أحاديث تحريم الغلول بهذه أجاز كل الطعام للغزاة ومن رجع أحاديث تحريم الغلول على هذا لم يحز ذلك وحديث ابن المغفل هو قال أصبت جراب شحم يوم خيبر فقلت لا أعطى منه شيئاً فالتفت فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبسم خرجه البخاري ومسلم وحديث ابن أبي أوفى قال كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا ندفعه خرجه أيضاً البخاري واختلفوا في عقوبة الغال فتال قوم يحرق رحله وقال بعضهم ليس له عقاب الا التعزير * وسبب اختلافهم اختلافهم في تصحيح حديث صالح بن محمد بن زائدة عن سالم عن ابن عمر أنه قال قال عليه الصلاة والسلام من غل فاحرق قوامتاه .

(الفصل الثالث) *

وأما نفيل الامام من العنبة لمن شاء أعنى ان يزيده على نصيبه فإن العلماء اتفقوا على جواز ذلك واختلفوا من أى شيء يكون النفل وفي مقداره وهل يجوز الوعد به قبل الحرب وهل يجب السلب للقاتل أم ليس يجب الا أن ينقله له الامام فهذه أربع مسائل هي قواعدها الفصل .

﴿أما المسئلة الأولى﴾ فإن قوماً قالوا النفل يكون من الخمس الواجب لبيت مال المسلمين وبه قال مالك وقال قوم بل النفل إنما يكون من خمس الخمس وهو حنظلة الامام فقط وهو الذي اختاره الشافعي وقال قوم بل النفل من جملة الغنمة وبه قال أحمد وأبو عبيد ومن هؤلاء من أجاز تنفيل جميع الغنمة * والسبب في اختلافهم هو هل بين الآيتين الواردة في المغنم تعارض أم هما على التخيير أعني قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء الآية وقوله تعالى يسألونك عن الأنفال الآية فمن رأى أن قوله تعالى «واعلموا أنما غنمتم من شيء» فإن لله حمسه ناسخة لقوله تعالى (يسألونك عن الأنفال) قل لا ثقل إلا من الخمس أو من خمس الخمس ومن رأى أن الآيتين لا معارضة بينهما وانما على التخيير أعني أن للإمام أن ينفل من رأس الغنمة من شاء وله ألا ينفل بأن يعطى جميع أرباح الغنمة للغنائم قال بجواز النفل من رأس الغنمة ولا اختلافهم أيضاً سبب آخر وهو اختلاف الآثار في هذا الباب وفي ذلك أثران، أحدهما ما روى مالك عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية وهم عبد الله بن عمر قبل نجد فغفغوا إلا كثيرة فكان سهمانهم اثني عشر بعيراً أو ثقلوا بعيراً أو هذا يدل على أن النفل كان بعد التسمية من الخمس والثاني حديث حبيب بن مسلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينفل الربع من السرايا بعد الخمس في البداءة وينفلهم الثلث بعد الخمس في الرجعة يعني في بداءة غزوه عليه السلام وفي انصرافه .

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي ما مقدار مال الإمام أن ينفل من ذلك عند الذين أجازوا النفل من رأس الغنمة فإن قوماً قالوا لا يجوز أن ينفل أكثر من الثلث أو الربع على حديث حبيب ابن مسلمة وقال قوم أن نفل الإمام السرية بجميع ما غنمت جاز مصيراً إلى أن آية الأنفال غير منسوخة بنسخة وانما على عمومها غير مخصوصة ومن رأى أنها مخصوصة بهذا لا يجوز أن ينفل أكثر من الربع أو الثلث .

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهي هل يجوز الوعد بالتنفيل قبل الحرب أم ليس بجوز ذلك فانهم اختلفوا فيه فذكر ذلك مالك وأجازه جماعة * وسبب اختلافهم معارضة مفهوم مقصد الغز ولفظها الاثر وذلك أن الغزو إنما يقصد به وجه الله العظيم ولتكون كلمة الله هي العليا فإذا وعد الإمام بالنفل قبل الحرب خيف أن يسفك الغزاة دماءهم في حق غير الله وأما الاثر الذي يقتضيه ظاهره جواز الوعد بالنفل فهو حديث حبيب بن مسلمة أن النبي عليه السلام كان ينفل في الغز والسرايا الخارجة من العسكر الربع وفي القبول الثلث : ومعلوم أن المقصود من هذا

انما هو التشييط على الحرب

وأما المسئلة الرابعة ^١ وهي هل يجب سلب المقتول للقاتل أو ليس يجب إلا ان نغله له
 الامام فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك لا يستحق القاتل سلب المقتول إلا ان يغله له الامام
 على جهة الاجتهاد وذلك بعد الحرب وبه قال أبو حنيفة والثوري وقال الشافعي وأحمد وأبو
 ثور وإسحاق وجماعة السلف هو واجب للقاتل قال ذلك الامام أو لم يغله ومن هؤلاء من
 جعل السلب له على كل حال ولم يشترط في ذلك شرطاً ومنهم من قال لا يكون له السلب الا اذا
 قتله متبلاً غير مدبر وبه قال الشافعي ومنهم من قال انما يكون السلب للقاتل اذا كان القتل
 قبل معصية الحرب أو بعدها وأما ان يقتله في حين المعصية فليس له سلب وبه قال الاوزاعي
 وقال قوم ان استكثر الامام السلب جاز ان يحمله * وسبب اختلافهم هو احتمال قوله عليه
 الصلاة والسلام يوم حنين بعد ما برد القتال من قتل قتيلاً فله سلبه أن يكون ذلك منه عليه
 الصلاة والسلام على جهة النفل أو على جهة الاستحقاق للقاتل ومالك رحمه الله قوى عنده
 انه على جهة النفل من قبل انه لم يثبت عنده انه قال ذلك عليه الصلاة والسلام ولا قضى به الا
 أيام حنين ولما عارضة آية الغنيمة له ان حمل ذلك على الاستحقاق أعنى قوله تعالى (واعلموا انما
 غنمتم من شيء) الآية فانه لما نص في الآية على أن الخمس لله علم أن الاربعة الا خماس واجبة
 للغانمين كما انه لما نص على الثلث للام في الموارث علم أن الثلثين للاب قال أبو عمر وهذا
 القول محفوظ عنه صلى الله عليه وسلم في حنين وفي بدر وروى عن عمر بن الخطاب انه قال
 كنا لالخمس السلب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخرج أبو داود عن عوف بن
 مالك الاشجعي وخالد بن الوليد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : قضى بالسلب للقاتل
 وخرج ابن أبي شيبة عن أنس بن مالك ان البراء بن مالك حمل على مرزبان يوم الدارة فطعمته
 طعنة على قبر بوس سرجه فقتله فبلغ سلبه ثلاثين ألفاً فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فقال لابي
 طاحية انا كنا لالخمس السلب وان سلب البراء قد بلغ مالا كثيراً ولا أراني الا خمسته قال قال
 ابن سيرين فحدثني أنس بن مالك انه أول سلب خمس في الاسلام وبهذا تمسك من فرق
 بين السلب القليل والكثير واختلفوا في السلب الواجب ما هو فقال قوم له جميع ما وجد
 على المقتول واستثنى قوم من ذلك الذهب والفضة .

﴿ الفصل الرابع ﴾

وأما أموال المسلمين التي تسترد من أيدي الكفار فانهم اختلفوا في ذلك على أربعة أقوال مشهورة ، أحدها ان ما استرد المسلمون من أيدي الكفار من أموال المسلمين فهو لربها من المسلمين وليس للغزاة المستردين لذلك منها شيء ومن قال بهذا القول الشافعي وأصحابه وأبو ثور، والقول الثاني ان ما استرد المسلمون من ذلك هو غنيمة الجيش ليس لصاحبه منه شيء وهذا القول قاله الزهري وعمر بن دينار وهو مروى عن علي بن أبي طالب، والقول الثالث ان ما وجد من أموال المسلمين قبل القسم فصاحبه أحق به بلائمن وما وجد من ذلك بعد القسم فصاحبه أحق به بالقيمة وهذا انقسموا قسمين فبعضهم رأى هذا الرأي في كل ما استرده المسلمون من أيدي الكفار بأي وجه صار ذلك الى أيدي الكفار وفي أي موضع صار ومن قال بهذا القول مالك والثوري وجماعة وهو مروى عن عمر بن الخطاب وبعضهم فرق بين ما صار من ذلك الى أيدي الكفار غلبة وحازوه حتى أوصلوه الى دار المشركين وبين ما أخذ منهم قبل أن يحوزوه ويبلغوا به دار الشرك فقالوا ما حازوه فحكمه ان ألفاء صاحبه قبل القسم فهو له وان ألفاه بعد القسم فهو أحق به بالئمن قالوا . وأما ما لم يحزوه العدو بان يبلغوا دارهم به فصاحبه أحق به قبل القسم وبعده وهذا هو القول الرابع واختلافهم راجع الى اختلافهم في هل يملك الكفار على المسلمين أموالهم اذا غلبوهم عليها أم ليس يملكونها . وسبب اختلافهم في هذه المسئلة تعارض الآثار في هذا الباب والقياس وذلك أن حديث عمران بن حصين يدل على أن المشركين ليس يملكون على المسلمين شيئا وهو قال أغار المشركون على سرح المدينة وأخذوا الأعضاء فاقعة رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرأة من المسلمين فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا رعى حتى أتت الأعضاء فأتت ناقه ذلولاً فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لأن نجها الله لتخرجها فلما قدمت المدينة عرفت الناقه فأتوا بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبرته المرأة بنذرها فقال: يتس ما جزيتها لا نذريها لا يملك ابن آدم ولا نذر في معصية وكذلك يدل ظاهر حديث ابن عمر على مثل هذا وهو انه غار له فرس فاخذها العدو وظاهر عليه المسلمون فردت عليه في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهما حديثان ثابتان . وأما الاثر الذي يدل على ملك الكفار على المسلمين فتقوله عليه الصلاة والسلام وهل ترك لنا عقيل من منزل يعني انه باع دوره التي كانت له بمكة بعد هجرته منها عليه الصلاة والسلام الى المدينة . وأما القياس فان من

شبه الاموال بالرقاب قال الكفار كما لا يملكون رقابهم فكذلك لا يملكون أموالهم كحال
الباغي مع العادل أعني أنه لا يملك عليهم الا من بين جميعا ومن قال يملكون قال من ليس بملك فهو
ضامن للشيء ان فاتت عينه وقد اجمعوا على أن الكفار غير ضامنين لآموال المسلمين فازم
عن ذلك أن الكفار ليسوا بغير مالكين للاموال فهم مالكون اذ لو كانوا غير مالكين لضمنوا
وأما من فرق بين الحكم قبل الغنم وبعده وبين ما أخذ المشركون بغلبة أو بغير غلبة بان صار
اليهم من ثلثائه مثل العبد الا بق والفرس العائد فليس له حظ من النظر وذلك انه ليس بحبد
وسطابين أن يقول اما أن يملك المشرك على المسلم شيئا أولا يملكه الا أن يثبت في ذلك دليل
سمعي لكن أصحاب هذا المذهب انما صاروا اليه لحديث الحسن بن عماره عن عبد المالك بن
ميسرة عن طاوس عن ابن عباس أن رجلا وجد بعير له كان المشركون قد أصابوه فقتل رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان أصبته قبل أن يقسم فهو لك وان أصبته بعد القسم أخذته بالقبحة اسكن
الحسن بن عماره مجتمع على ضعفه وترك الاحتجاج به عند أهل الحديث والذي عول عليه
مالك فيما أحسب من ذلك هو قضاء عمر بذلك ولكن ليس يجعل له أخذته بالثمن بعد القسم على
ظاهر حديثه واستثناء أبي حنيفة أم الولد والمذبر من سائر الاموال لا معنى له وذلك انه يرى ان
الكفار يملكون على المسلمين سائر الاموال ما عدا هذين وكذلك قول مالك في أم الولد
انه اذا أصابها مولاها بعد القسم ان على الامام ان يقدحها فان لم يفعل أجبر سيدها على فداها فان
لم يكن له مال أعطيت له واتبعه الذي خرجت في نصيبه بقبته اذ ينمى أيسر هو قول أيضا ليس
له حظ من النظر لانه ان يملكها الكفار فقد يجب ان يأخذها بغير ثمن وان ملكوها فلا سبيل
له عليها وأيضاً فانه لا فرق بينها وبين سائر الاموال الا أن يثبت في ذلك سماع ومن هذا الاصل
أعني من اختلافهم هل يملك المشرك مال المسلم أولا يملكه اختلف الفقهاء في الكافر يسلم
ويده مال مسلم هل يصح له أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يصح له وقال الشافعي على أصله
لا يصح له واختلف مالك وأبو حنيفة اذا دخل مسلم الى الكفار على جهة التلصص وأخذ مما
في أيديهم مال مسلم فقتل أبو حنيفة هو أولى به وان أراد صاحبه أخذه بالثمن وقال مالك هو
لصاحبه فلم يجز على أصله ومن هذا الباب اختلافهم في الحر بن يسلم وبهاجر ويترك في دار
الحرب ولده وزوجه وماله هل يكون لما ترك حرمة مال المسلم وزوجه وذريته فلا يجوز
تملكهم للمسلمين ان غلبوا على ذلك أم ليس لما ترك حرمة فمنهم من قال لكل ما ترك حرمة
الاسلام ومنهم من قال ليس له حرمة ومنهم من فرق بين المال والزوجة والولد فقال ليس

للمال حرمة وللولد والزوجة حرمة وهذا جار على غير قياس وهو قول مالك والاصل ان المبيع للمال هو الكفر وان العاصم له هو الاسلام كما قال عليه الصلاة والسلام: فاذا قالوا هذا عصموا مني دمائهم وأموالهم فنزعم ان ههنا مبيع للمال غير الكفر من تمام عدو أو غيره فعليه الدليل وليس ههنا دليل تعارض بهذه القاعدة والله أعلم .

(الفصل الخامس)

واختلافها فيما افتتح المسلمون من الارض عنوة فقتال مالك لا تقسم الارض وتكون وقفاً .
 يصرف خراجها في مصالح المسلمين من أرزاق المقاتلة وبناء القناطر والمساجد وغير ذلك من سبل الخير الا ان يرى الامام في وقت من الاوقات ان المصلحة تقتضي التسمية فان لدان يقسم الارض وقال الشافعي الارضون المفتوحة تقسم كما تقسم الغنائم يعني خمسة أقسام وقال أبو حنيفة الا امام محير بين ان يقسمها على المسلمين أو يضرب على أهلها الكفار فيها الخراج ويقرها بأيديهم * وسبب اختلافهم ما يظن من التعارض بين آية سورة الانفال وآية سورة الحشر وذلك ان آية الانفال تقتضي بظاهرها ان كل ما غنم الخمس وهو قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم) وقوله تعالى في آية الحشر (والذين جاؤا من بعدهم) عطفاً على ذكر الذين أوجب لهم النبي يمكن ان يفهم منه ان جميع الناس الحاضرين والأتين شركاء في النبي كما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال في قوله تعالى (والذين جاؤا من بعدهم) ما أرى هذه الا آية الا قد عمت الخلق حتى الراعي بكداء أو كلا ما هذا معناه ولذلك لم تقسم الارض التي افتتحت في أياديه عنوة من أرض العراق ومصر فن رأى ان الأتيتين متواردتان على معنى واحد وان آية الحشر خصصة لا آية الانفال استثنى من ذلك الارض ومن رأى ان الأتيتين ليستا متواردتين على معنى واحد بل رأى ان آية الانفال في الغنمة وآية الحشر في النبي على ما هو الظاهر من ذلك قال خمس الارض ولا بد ولا سيما انه قد ثبت انه عليه الصلاة والسلام: قسم خيبر بين الغزاة قالوا فالواجب ان تقسم الارض لعموم الكتاب وفعله عليه الصلاة والسلام الذي يجري مجرى البيان للمجمل فضلاً عن العام . وأما أبو حنيفة فانه ذهب الى التخيير بين التسمية وبين ان يقر الكفار فيها على خراج يؤدونه لانه زعم انه قد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر بالشرط ثم أرسل ابن رواحة فقامهم قالوا فظهر من هذا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن قسم جميعها ولكنه قسم طائفة من الارض وترك طائفة لم يقسمها قالوا فبان بهذا ان الامام

بالخيار بين القسمة والاقرار بأيديهم وهو الذي فعل عمر رضي الله عنه وان أسلموا بعد الغلبة عليهم كان مخيراً بين المن عليهم أو قسمتها على ما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بمكة أعنى من المن وهذا إنما يصح على رأى من رأى أنه افتتحها عنوة فان الناس اختلفوا في ذلك وان كان الاصح أنه افتتحها عنوة لانه الذي خرج به مسلم ويذبحى ان تعلم ان قول من قال ان آية النقي وآية الغنيمة محمولتان على الخيار وان آية النقي ناسخة لآية الغنيمة أو مخصصة لها انه قول ضعيف جداً الا ان يكون اسم النقي والغنيمة يدلان على معنى واحد فان كان ذلك فالآيتان متعارضتان لان آية الاثقال توجب التخمس وآية الحشر توجب القسمة دون التخمس فوجب ان تكون احدهما ناسخة للآخرى أو يكون الامام مخيراً بين التخمس وترك التخمس وذلك في جميع الاموال المغنومة وذكر بعض أهل العلم أنه مذهب لبعض الناس وأظنه حكاه عن المذهب ويجب على مذهب من يريد ان يستنبط من الجمع بينهما ترك قسمة الارض وقسمة ما عدا الارض ان تكون كل واحدة من الآيتين مخصصة ببعض ما في الاخرى أو ناسخة له حتى تكون آية الاثقال خصصت من عموم آية الحشر ما عدا الارضين فوجب فيها الخمس وآية الحشر خصصت من آية الاثقال الارض فلم توجب فيها خمساً وهذه الدعوى لا تصح الا بدليل مع ان الظاهر من آية الحشر انها تضمنت القول في نوع من الاموال مخالف الحكم للنوع الذي تضمنته آية الاثقال وذلك ان قوله تعالى «فأوجفتم عليه من خيل ولا ركاب» هو تنبيه على العلة التي من أجلها لم يوجب حق للجيش خاصة دون الناس والقسمة بخلاف ذلك اذ كانت توجد بالاجحاف .

﴿ الفصل السادس في قسمة النقي ﴾

وأما النقي عند الجمهور فهو كل ما صار للمسلمين من الكفار من قبل الرعب والخوف من غير ان يوجف عليه بخيل أو رجل واختلف الناس في الجهة التي يصرف اليها فقال قوم ان النقي لجميع المسلمين الفقير والغني وان الامام يعطى منه للمقاتلة وللحكام وللولاة وينفق منه في التوائب التي تنوب المسلمين كبناء القناطر واصلاح المساجد وغير ذلك ولا خمس في شيء منه وبه قال الجمهور وهو الثابت عن أبي بكر وعمر وقال الشافعي بل فيه الخمس والخمس مقسوم على الاصناف الذين ذكروا في آية العنائم وهم الاصناف الذين ذكروا في الخمس بعينه من الغنيمة وان الباقي هو مصروف الى اجتهاد الامام ينفق منه على نفسه وعلى عياله ومن رأى

وأحسب ان قومًا قالوا ان النفي غير محسوس ولكن يقسم على الاصناف الخمسة الذين يقسم عليهم الخمس وهو أحد أقوال الشافعي فيما أحسب* وسبب اختلاف من رأى أنه يقسم جميعه على الاصناف الخمسة أو هو مصر وف الى اجتهاد الامام هو سبب اختلاف فهم في قسمة الخمس من الغنيمة وقد تقدم ذلك أعني ان من جعل ذكر الاصناف في الآية تنبيهًا على المستحقين له قال هؤلاء الاصناف المذكورين ومن فوقهم ومن جعل ذكر الاصناف تعديدًا للدين يستوجبون هذا المال قال لا يعمد بهم هؤلاء الاصناف أعني انه جعله من باب الخصوص لا من باب التنبيه وأما خميس النفي فلم يقل به أحد قبل الشافعي وانما حمله على هذا القول انه رأى النفي قد قسم في الآية على عدد الاصناف الذين قسم عليهم الخمس فاعتقد لذلك ان فيه الخمس لانه ظن ان هذه القسمة مختصة بالخمس وليس ذلك بظاهر بل الظاهر ان هذه القسمة تخص جميع النفي لا جزأ منه وهو الذي ذهب اليه فيما أحسب قوم وخرج مسلم عن عمر قال كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجب عليه المسلمون بخيل ولا ركاب فكانت للنبي صلى الله عليه وسلم خالصة فكان ينفق منها على أهله نفقة سنة وما بقي يجعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله وهذا يدل على مذهب مالك

(الفصل السابع في الجزية)

والكلام المحيط باصول هذا الفصل ينحصر في ست مسائل ، المسئلة الاولى بمن يجوز أخذ الجزية ، الثانية على أى الاصناف منهم تجب الجزية ، الثالثة كم يجب ، الرابعة متى تجب ومتى تسقط ، الخامسة كم أصناف الجزية ، السادسة فيماذا يصرف مال الجزية .

المسئلة الاولى ﴿ فاما من يجوز أخذ الجزية منه فان العلماء مجمعون على انه يجوز أخذها من أهل الكتاب العجم ومن الجوس كما تقدم واختلفوا في أخذها من لا كتاب له وفيمن هو من أهل الكتاب من العرب بعد اتفاقهم فيما حكى بعضهم انها لا تؤخذ من قرشي كثنان وقد تقدمت هذه المسئلة .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي أى الاصناف من الناس تجب عليهم فانهم اتفقوا على انما تجب بثلاثة أوصاف ، الذكورية ، والبلوغ ، والحرية وانها لا تجب على النساء ولا على الصبيان إذ كانت إنما هي عوض من القتل والقتل إنما هو متوجه بالامر نحو الرجال البالغين اذ قد نهى عن قتل النساء والصبيان وكذلك أجمعوا انها لا تجب على العبيد واختلفوا في

أصناف من هؤلاء . منها في المجنون وفي المقعد . ومنها في الشيخ . ومنها في أهل الصوامع .
ومنها في الفقير هل يتبع بهادينا متى أسير أم لا وكل هذه مسائل اجتهادية ليس فيها توقيت
شرعي * وسبب اختلاف فهم مبني على هل يقتلون أم لا أعني هؤلاء الاصناف .

وأما المسئلة الثالثة هـ وهي كم الواجب قاتهم اختلفوا في ذلك فرأى مالك أن القدر الواجب
في ذلك هو ما فرضه عمر رضي الله عنه وذلك على أهل الذهب أو بعة دنانير وعلى أهل الورق
أو بعون درهما ومع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام لا يزداد على ذلك ولا ينتقص منه
وقال الشافعي أقله محدود وهو دينار وأكثره غير محدود وذلك بحسب ما يصالحون عليه وقال
قوم لا توقيت في ذلك وذلك مصروف إلى اجتهاد الإمام وبه قال الشوري وقال أبو حنيفة
وأصحابه الجزية اثنا عشر درهما وأربع وعشرون درهما وثمانية وأربعون لا ينتقص الفقير
من اثني عشر درهما ولا يزداد الغني على ثمانية وأربعين درهما والوسط أربع وعشرون درهما
وقال أحمد دينار أو عدله معاف لا يزداد عليه ولا ينتقص منه * وسبب اختلاف فهم اختلاف
الآثار في هذا الباب وذلك أنه روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : بعث معاذاً إلى اليمن
وأمره أن يأخذ من كل حالم ديناراً أو عدله معاف وهي ثياب باليمن وثبت عن عمر أنه ضرب
الجزية على أهل الذهب أربع دنانير وعلى أهل الورق أربعين درهما مع ذلك أرزاق المسلمين
وضيافة ثلاثة أيام وروى عنه أيضاً أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع الجزية على أهل السواد
ثمانية وأربعين وأربع وعشرين وإثني عشر فن حمل هذه الأحاديث كلها على التخيير
وتمسك في ذلك بعموم ما ينطلق عليه اسم جزية إذ ليس في توقيت ذلك حديث عن النبي صلى
الله عليه وسلم متفق على صحته وإنما ورد الكتاب في ذلك عام قال لا حد في ذلك وهو الظاهر
والله أعلم ومن جمع بين حديث معاذ والثابت عن عمر قال أقله محدود ولا حد لا أكثره ومن
رجح أحد حديثي عمر قال إماماً أربعين درهما وأربع دنانير وإماماً ثمانية وأربعين درهما وأربع
وعشرين وإثني عشر على ما تقدم ومن رجح حديث معاذ لا نه مرفوع قال دينار فقط أو عدله
معاف لا يزداد على ذلك ولا ينتقص منه .

وأما المسئلة الرابعة هـ وهي متى تجب الجزية قاتهم اتفقوا على أنها لا تجب إلا بعد الحول
وانها تستقط عنه إذا أسلم قبل انتضاء الحول واختلفوا إذا أسلم بعد ما يحول عليه الحول هل
تؤخذ منه جزية للحول الماضي بأسره أو لما مضى منه فقاتل قوم إذا أسلم فلا جزية عليه بعد
انتضاء الحول كان إسلامه أو قبل انتضاءه وهذا القول قال الجمهور وقالت طائفة إن أسلم

بعد الحول وجبت عليه الجزية وان أسلم قبل حلول الحول لم تجب عليه وانهم اتفقوا على انه لا تجب عليه قبل انتضاء الحول لان الحول شرط في وجوبها فاذا وجد الرفع لها وهو الاسلام قبل تقرر الوجوب أعني قبل وجود شرط الوجوب لم تجب وانما اختلفوا بعد انتضاء الحول لانها قد وجبت فن رأى ان الاسلام يهدم هذا الواجب في الكفر كما يهدم كثير من الواجبات قال تستقط عنه وان كان اسلامه بعد الحول ومن رأى انه لا يهدم الاسلام هذا الواجب كما لا يهدم كثير من الحقوق المرتبة مثل الديون وغير ذلك قال لا تستقط بعد انتضاء الحول - فسيب اختلاف فهم هو هل الاسلام يهدم الجزية الواجبة أولا يهدمها .

وأما المسئلة الخامسة { وهي كم أصناف الجزية فان الجزية عندهم ثلاثة أصناف جرية عنوية وهي هذه التي تكلمنا فيها أعني التي تفرض على الحربين بعد غلبتهم وجزية صلحية وهي التي يتبرعون بها ليكف عنهم وهذه ليس فيها توقيت لا في الواجب ولا فيمن يجب عليه ولا متى يجب عليه وانما ذلك كله راجع الى الاتفاق الواقع في ذلك بين المسلمين وأهل الصلح الا أن يقول قائل انه ان كان قبول الجزية الصلحية واجبا على المسلمين فقد يجب أن يكون ههنا قدر ما اذا أعطاه من أنفسهم الكفار وجب على المسلمين قبول ذلك منهم فيكون أقلها محدودا وأكثرها غير محدود وأما الجزية الثالثة فهي العشرية وذلك أن جمهور العلماء على انه ليس على أهل الذمة عشر ولا زكاة أصلا في أموالهم الا ما روى عن طائفة منهم انهم ضاعفوا الصدقة على نصارى بنى تغلب أعني اهتم أوجبوا اعطاء ضعف ما على المسلمين من الصدقة في شئ شئ من الاشياء التي تلزم فيها المسلمين الصدقة ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وأحمد والثوري وهو فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بهم وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص فيما حكاوا وقد تقدم ذلك في كتاب الزكاة واختلفوا هل يجب العشر عليهم في الاموال التي يتجررون بها الى بلاد المسلمين بنفس التجارة أو الاذن إن كانوا حربيين أم لا تجب إلا بالشرط فرأى مالك وكثير من العلماء أن تجار أهل الذمة الذين لزمهم بالاقرار في بلادهم الجزية يجب أن يؤخذ منهم مما يجلبونه من بلد الى بلد العشر إلا ما يسوقون الى المدينة خاصة فيؤخذ منهم فيه نصف العشر ووافقه أبو حنيفة في وجوبه بالاذن في التجارة أو بالتجارة نفسها وخالفه في القدر فقال الواجب عليهم نصف العشر ومالك لم يشترط عليهم في العشر الواجب عنده نصابا ولا حولا . وأما أبو حنيفة فاشترط في وجوب نصف العشر عليهم الحول والنصاب وهو نصاب المسلمين نفسه المذكور في كتاب الزكاة وقال الشافعي ليس يجب عليهم عشر أصلا

ولا نصف عشر في نفس التجارة ولا في ذلك شيء محدود الا ما اصطلاح عليه أو اشترط فعله هذا تكون الجزية العشرية من نوع الجزية الصلحية وعلى مذهب مالك وأبي حنيفة تكون جنساً ثالثاً من الجزية غير الصلحية والتي على الرقاب * وسبب اختلافهم انه لم يأت في ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة يرجع اليها وانما ثبت أن عمر بن الخطاب فعل ذلك بهم فمن رأى أن فعل عمر هذا انما فعله بأمر كان عنده في ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم أو جوب أن يكون ذلك سنتهم ومن رأى أن فعله هذا كان على وجه الشرط اذ لو كان على غير ذلك لدكره قال ليس ذلك بسنة لازمة لهم الا بالشرط وحكى أبو عبيد في كتاب الاموال عن رجل من أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام لا أذ كراسمه الا أن انه قيل له لم كنتم تأخذون العشر من مشركي العرب فقال لانهم كانوا يأخذون من العشر اذ ادخلنا اليهم قال الشافعي وأقل ما يجب أن يشارطوا عليه هو ما فرضه عمر رضي الله عنه وان شورطوا على أكثر ففسن قال وحكم الحر بنى إذا دخل بامان حكم الذمي .

وأما المسئلة السادسة وهي فيما اذا تصرف الجزية فانهم اتفقوا على انها مشتركة لمصالح المسلمين من غير تحديد كالحال في الفى عند من رأى انه مصروف الى اجتهاد الامام حتى لقد رأى كثير من الناس ان اسم الفى انما يطلق على الجزية في آية الفى واذا كان الامر هكذا فلا مال الاسلامية ثلاثة أصناف ، صدقة ، وفى ، وغنمة وهذا القدر كاف في تحصيل قواعدها الكتاب والله الموفق للصواب

(كتاب الايمان) *

وهذا الكتاب ينقسم أولاً الى جملتين ، الجملة الاولى في معرفة ضروب الايمان وأحكامها ، والجملة الثانية في معرفة الاشياء الرافعة للايمان اللازمة وأحكامها (الجملة الاولى) وهذه الجملة فيها ثلاثة فصول ، الفصل الاول في معرفة الايمان المباحة ، وتميزها من غير المباحة الثاني في معرفة الايمان اللغوية والمنعقدة ، الثالث في معرفة الايمان التي ترفعها الكفارة والتي لا ترفعها

﴿(الفصل الاول)﴾

واتفق الجمهور على أن الأشياء منها ما يجوز في الشرع أن يقسم به ومنها ما لا يجوز أن يقسم به
واختلفوا أي الأشياء هي الأشياء التي بهذه الصفة فقال قوم أن الحلف المباح في الشرع هو
الحلف بالله وأن الحالف بغير الله عاص وقال قوم بل يجوز الحلف بكل معظم بالشرع والذين
قالوا إن الإيمان المباحة هي الإيمان بالله اتفقوا على إباحة الإيمان التي بإسمائه واختلفوا في
الإيمان التي بصفاته وأفعاله * وسبب اختلافهم في الحلف بغير الله من الأشياء المعظمة
بالشرع معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للأثر وذلك أن الله قد أقسم في الكتاب بأشياء
كثيرة مثل قوله «والسما والطارق» وقوله «والنجم اذا هوى» إلى غير ذلك من الأقسام الواردة
في القرآن وثبت أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأئكم من كان
حالها فليحلف بالله أو ليصمت فمن جمع بين الأثر والكتاب بان قال إن الأشياء الواردة في
الكتاب المقسوم بها فيها محذوف وهو الله تبارك وتعالى وإن التقدير ورب النجم ورب السماء
قال الإيمان المباحة هي الحلف بالله فقط ومن جمع بينهما بان قال المقصود بالحديث إنما هو أن
لا يعظم من لم يعظم الشرع بدليل قوله فيه: إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأئكم وان هذا من باب
الخاص أريد به العام أجاز الحلف بكل معظم في الشرع فاذا سبب اختلافهم هو اختلافهم في
بناء الآية والحديث. وأما من منع الحلف بصفات الله وبأفعاله فضعيف * وسبب اختلافهم
هو هل يقتصر بالحديث على ما جاء من تعليق الحكم فيه بالاسم فقط أو يعمد إلى الصفات
والأفعال أكن تعليق الحكم في الحديث بالاسم فقط جهود كثير وهو أشبه بذهب أهل الظاهر
وان كان مرويا في المذهب حكاه اللخمي عن محمد بن المواز وشذت فرقة فنعت النمين بالله
عز وجل والحديث نص في مخالفة هذا المذهب

﴿(الفصل الثاني)﴾

واتفقوا أيضا على أن الإيمان منها لغو ومنها منعقدة لقوله تعالى (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم
ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الإيمان) واختلفوا فيما هي اللغو فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنها
اليمين على الشيء بظن الرجل أنه على يقين منه فيخرج الشيء على خلاف ما حلف عليه وقال
الشافعي لغو النمين ما لم تنعقد عليه النية مثل ما جرت به العادة من قول الرجل في أثناء المخاطبة لا
والله لا بالله مما يجري على الالسة بالعادة من غير أن يعتد لزومه وهذا القول رواد مالك في

الموطأ عن عائشة والقول الاول مروى عن الحسن بن أبى الحسن وقتادة وبجاهد وابراهيم النخعى وفيه قول ثالث وهو أن يحلف الرجل وهو غضبان وبه قال اسماعيل القاضى من أصحاب مالك وفيه قول رابع وهو الحلف على المعصية روى عن ابن عباس وفيه قول خامس وهو أن يحلف الرجل على أن لا يأكل شيئاً مما حله بالشرع * والسبب في اختلافهم في ذلك هو الاشتراك الذى فى اسم اللغو وذلك أن اللغو قد يكون الكلام الباطل مثل قوله تعالى (والغو في دعاءكم تغالبون) وقد يكون الكلام الذى لا تنعقد عليه نية المتكلم به ويدل على أن اللغو فى الآية هو هذا ان هذه اليمين هى ضد اليمين المنعقدة وهى المؤكدة فوجب أن يكون الحكم المضاد للشيء المضاد للذين قالوا ان اللغو هو الحلف فى اغلاق أو الحلف على ما لا يوجب الشرع فيه شيئاً بحسب ما يعتقده فى ذلك قوم فاماذهبوا الى أن اللغو هو ما يدل على معنى عرفت فى الشرع وهى الايمان التى بين الشرع فى مواضع أخرى سقوط حكمها مثل ما روى أنه: لا طلاق فى اغلاق وما أشبه ذلك لكن الاظهرهما القولان الاولان أعنى قول مالك والشافعى .

﴿ الفصل الثالث ﴾

(وفى هذا الفصل أربع مسائل)

(المسئلة الاولى) اختلفوا فى الايمان بالله المنعقدة هل يرفع جميعها الكفارة سواء كان حلفاً على شئ ماض انه كان فلم يكن وهى التى تعرف باليمين الغموس وذلك اذا تعدد الكذب أو على شئ مستقبل انه يكون من قبل الحالف أو من قبل من هو بسببه فلم يكن فقال الجمهور ليس فى اليمين الغموس كفارة وإنما الكفارة فى الايمان التى تكون فى المستقبل اذا حلف اليمين الحالف ومن قال بهذا القول مالك وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل وقال الشافعى وجماعة تجب فيها الكفارة أى تسقط الكفارة الاثم فيها كما تستقطه فى غير الغموس * وبسبب اختلافهم معارضة عموم الكتاب للاثر وذلك أن قوله تعالى «ولكن يؤخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين» الآية توجب أن يكون فى اليمين الغموس كفارة لكونها من الايمان المنعقدة وقوله عليه الصلاة والسلام: من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يوجب أن اليمين الغموس ليس فيها كفارة ولكن للشافعى أن يستثنى من الايمان الغموسة ما لا يقتطع بها حق الغير وهو الذى ورد فيه النص أو يقول

ان الايمان التي يقتطع بها حق الغير قد جمعت الظلم والخنث فوجب أن لا تكون الكفارة تهدم الامر بن جميعاً وليس يمكن فيها أن تهدم الخنث دون الظلم لان رفع الخنث بالكفارة اعماهو من باب التوبة وليس تتبع بعض التوبة في الذنب الواحد بعينه فان تاب وورد المظلمة وكفر سقط عنه جميع الاثم

المسئلة الثانية ﴿ واختلف العلماء فيمن قال أنا كافر بالله أو مشرك بالله أو يهودى أو نصرانى ان فعلت كذا ثم يفعل ذلك هل عليه كفارة أم لا فقال مالك والشافعى ليس عليه كفارة ولا هذه يمين وقال أبو حنيفة هي يمين وعليه فيها الكفارة اذا خالف اليمين وهو قول أحمد بن حنبل أيضاً * وسبب اختلافهم هو اختلافهم في هل تجوز اليمين بكل ماله حرمة أم ليس يجوز الا بالله فقط ثم ان وقعت فهل تنعقد أم لا فن رأى ان الايمان المنعقدة أعنى التي هي بصيغ القسم انما هي الايمان الواقعة بالله عز وجل وباسمائهم قال لا كفارة فيها اذ ليست بيمين ومن رأى ان الايمان تنعقد بكل ما عظم الشرع حرمة قال فيها الكفارة لان الحلف بالمعظم كالحلف بترك التعظيم وذلك أنه كما يجب التعظيم يجب أن لا يترك التعظيم فكما ان من حلف بوجوب حق الله عليه لزمه كذلك من حلف بترك وجوبه لزمه .

المسئلة الثالثة ﴿ وانفق الجمهور في الايمان التي ليست أقساماً بشئ وانما تخرج مخرج الالزام الواقع بشرط من الشروط مثل ان يقول القائل فان فعلت كذا فلعلى مشى الى بيت الله أو ان فعلت كذا وكذا فعلا مى حراً أو امرأتى طالق انها تلزم في القرب وفيما اذا التزمه الانسان لزمه بالشرع مثل الطلاق والعتق واختلعهوا هل فيها كفارة أم لا فذهب مالك الى أن لا كفارة فيها وانه ان لم يفعل ما حلف عليه أثم ولا بد وذهب الشافعى وأحمد وأبو عبيد وغيرهم الى ان هذا الجلس من الايمان فيها الكفارة الا الطلاق والعتق وقال أبو ثور يكفر من حلف بالعتق وقول الشافعى مروي عن عائشة * وسبب اختلافهم هل هي يمين أو نذر فن قال انها يمين أو جوب فيها الكفارة لدخولها تحت عموم قوله تعالى (فكفارتها اطعام عشرة مساكين) الآية ومن قال انها من جنس النذر أى من جنس الاشياء التي يص الشرع على انه اذا التزمها الانسان لزمته قال لا كفارة فيها لكن يعسر هذا على المالكية لتسميتهم اياها ايمانا لكن لعلمهم انما سمعوا ايمانا على طريق التجوز والتوسع والحق انه ليس يجب ان تسمى بحسب الدلالة اللغوية ايمانا فان الايمان في لغة العرب لها صيغ مخصوصة وانما يقع اليمين بالاشياء التي تعظم وليست صيغة الشرط هي صيغة اليمين فاما هل تسمى ايمانا بالعرف الشرعى وهل حكمها

حكم الايمان فقيه نظر وذلك انه قد ثبت أنه عليه الصلاة والسلام قال: كفارة النذر كفارة يمين
وقال تعالى (لم تحرم ما أحل الله لك) الى قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فظاهر هذا انه قد
سمى بالشرع القول الذي مخرجه مخرج الشرط أو مخرج الالتزام دون شرط ولا يمين يميناً
فيجب ان تحمل على ذلك جميع الاقاويل التي تجري هذا الجرى الا ما خصه الاجماع من
ذلك مثل الطلاق فظاهر الحديث يعطى ان النذر ليس يمين وان حكمه حكم اليمين وذهب داود
وأهل الظاهر الى أنه ليس يلزم من مثل هذه الاقاويل أعني الخارجة مخرج الشرط الا ما ألزمه
الاجماع من ذلك وذلك انها ليست بنذور فيلزم فيها النذور ولا يمينان فتفرعها الكفار فلم
يوجبوا على من قال ان فعلت كذا وكذا فعلى المشي الى بيت الله مشياً ولا كفارة بخلاف ما لو
قال على المشي الى بيت الله لان هذا نذر باتفاق وقد قال عليه الصلاة والسلام: من نذر ان
يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصيه فلا يعصه * فسبب هذا الخلاف في هذه الاقاويل التي
تخرج مخرج الشرط هو هل هي أيمان أو نذور أو ليست أيماناً ولا نذوراً فتأمل هذا فانه
بين ان شاء الله تعالى .

المسئلة الرابعة * اختلفوا في قول القائل أقسم أو أشهد ان كان كذا وكذا هل هو يمين أم
لا على ثلاثة أقوال، فقول انه ليس يمين وهو أحد قولي الشافعي، وقيل انها أيمان ضد القول
الاول وبه قال أبو حنيفة، وقيل ان أراد الله بها فهو يمين وان لم يردها فلا يمين وهو
مذهب مالك * وسبب اختلافهم هو دل المراسي اعتبار صيغة اللفظ أو اعتبار منه ومه بالعادة
أو اعتبار النية فن اعتبر صيغة اللفظ قال ليست يمين اذ لم يكن هنالك لفظ بمسوم به ومن اعتبر
صيغة اللفظ بالعادة قال هي يمين وفي اللفظ محذور ولا بدوه والله تعالى ومن لم يعتبر هذين
الامرين واعتبر النية اذ كان اللفظ صالحاً لمرتين فرق في ذلك كما تقدم .

الجملة الثانية * وهذه الجملة تنقسم أولاً قسمين . القسم الاول النظر في الاستثناء .
والثاني النظر في الكفارات * القسم الاول * وفي هذا القسم فصلان، الفصل الاول في
شروط الاستثناء المؤثر في اليمين، الفصل الثاني في تعريف الايمان التي يؤثر فيها الاستثناء
من التي لا يؤثر .

الفصل الاول

وأجمعوا على أن الاستثناء بالجملة له تأثير في حل الايمان واختلفوا في شروط الاستثناء الذي

يجب له هذا الحكم بعد ان أجمعوا على انه إذا اجتمع في الاستثناء ثلاثة شروط أن يكون متناسقاً مع اليمين وملفوظاً به ومقصوداً من أول اليمين انه لا ينعقد معه اليمين واختلفوا في هذه الثلاثة مواضع أعني إذا فرق الاستثناء عن اليمين أو نواه ولم ينطق به أو حدثت لنية الاستثناء بعد اليمين وان أتى به متناسقاً مع اليمين .

﴿فأما المسئلة الاولى﴾ وهي اشتراط اتصاله بالقسم فان قوماً اشترطوا ذلك فيه وهو مذهب مالك وقال الشافعي لا بأس بينهما بالسكتة الخفية كسكتة الرجل للتذكرة أو للتنفيس أولاً نقطاع الصوت وقال قوم من التابعين يجوز للحالف الاستثناء ما لم يقم من مجلسه وكان ابن عباس يرى ان له الاستثناء أبداً على ما ذكر عنه متى ما ذكر وانما اتفق الجميع على ان استثناء مشيئة الله في الامر المحلوف على فعله ان كان فعلاً أو على تركه ان كان تركاً رافعاً لليمين لان الاستثناء هو رفع للزوم اليمين قال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف فقال ان شاء الله لم يحث وانما اختلفوا هل يؤثر في اليمين اذا لم توصل بها أولاً يؤثر لا يختلف فهم هل الاستثناء حال لا نعتاً أم هو مانع له فاذا قلنا أنه مانع لا نعتاً لا حال له اشترط ان يكون متصل باليمين واذا قلنا انه حال لم يلزم فيه ذلك والذين اتفقوا على انه حال اختلفوا هل هو حال بالقرب أو بالبعد على ما حكينا وقد احتج من رأى انه حال بالقرب بما رواه سعد بن سماك بن حرب عن عكرمة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والله لا غزون قرى شأقالها ثلاث مرات ثم سكت ثم قال ان شاء الله فدل هذا ان الاستثناء حال لليمين لا مانع لها من الانعقاد قالوا ومن الدليل على انه حال بالقرب انه لو كان حالاً بالبعد على ما رواه ابن عباس لكان الاستثناء يغني عن الكفارة والذي قالوه بين وأما اشتراط النطق باللسان فانه اختلف فيه فقيل لا بد فيه من اشتراط اللفظ أي لفظ كان من ألفاظ الاستثناء وسواء كان بألفاظ الاستثناء أو بتخصيص العموم أو بتقييد المطلق هذا هو المشهور وقيل انما ينفع الاستثناء بالنية بغير لفظ في حرف الاقسط أي بما يدل عليه لفظ الاول ليس ينفع ذلك فيما سواه من الحروف وهذه التفرقة ضعيفة * والسبب في هذا الاختلاف هو هل تلزم العقود اللازمة بالنية فقط دون اللفظ أو باللفظ والنية معاً مثل الطلاق والعق واليمين وغير ذلك .

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي هل تنفع النية الحادثة في الاستثناء بعد انقضاء اليمين فقيل أيضاً في المذهب انها تنفع اذا حدثت متصلة باليمين وقيل بل اذا حدثت قبل ان يتم النطق باليمين وقيل بل الاستثناء على ضربين استثناء من عدد واستثناء من عموم بتخصيص أو من مطلق

بتيقيد فلا استثناء من العدد لا ينفع فيه الاحداث النية قبل النطق باليمين والاستثناء من العموم ينفع فيه حدود النية بعد اليمين اذا وصل الاستثناء نطقاً باليمين * وسبب اختلافهم هل الاستثناء مانع للعقد أو حال لدقائ قلنا انه مانع فلا بد من اشتراط حدوث النية في أول اليمين وان قلنا انه حال لم يلزم ذلك وقد أنكر عبد الوهاب ان يشترط حدوث النية في أول اليمين للاتفاق وزعم على ان الاستثناء حال لليمين كالكنارة سواء .

﴿ الفصل الثاني من القسم الاول ﴾

وقد اختلفوا في الايمان التي يؤثر فيها استثناء مشيئة الله من التي لا يؤثر فيها فقال مالك وأصحابه لا تؤثر المشيئة الا في الايمان التي تكفر وهي اليمين بالله عندهم أو النذر المطلق على ماسياتي .
وأما الطلاق والعناق ولا يخلو ان يعلق الاستثناء في ذلك بمجرد الطلاق أو العتق فقط مثل ان يقول هي طالق ان شاء الله أو عتيق ان شاء الله وهذا ليس عند عييناً وأما ان يعلق الطلاق بشرط من الشرط مثل ان يقول ان كان كذا فهي طالق ان شاء الله أو ان كان كذا فهو عتيق ان شاء الله .

فاما القسم الاول فلا خلاف في المذهب أن المشيئة غير مؤثرة فيه

وأما القسم الثاني وهو اليمين بالطلاق ففي المذهب فيه قولان أحدهما انه اذا صرف الاستثناء الى الشرط صح الذي علق به الطلاق وان صرفه الى نفس الطلاق لم يصح وقال أبو حنيفة والشافعي الاستثناء يؤثر في ذلك، كله سواء قرنه بالقول الذي مخرجه مخرج الشرط أو بالقول الذي مخرجه مخرج الخبر * وسبب الخلاف ما قلناه من ان الاستثناء هل هو حال أو مانع فاذا قلنا مانع وقرن للفظ مجرد الطلاق فلا تأثير له فيه اذ قد وقع الطلاق أعني اذا قال الرجل لزوجته هي طالق ان شاء الله لان المانع انما يقوم للميقع وهو المستقبل وان قلنا انه حال للعقد ووجب أن يكون له تأثير في الطلاق وان كان قد وقع فتأمل هذا فانه بين ولا معنى لقول المالكية إن الاستثناء في هذا مستحيل لان الطلاق قد وقع الا ان يعتدوا ان الاستثناء هو مانع لا حال فتأمل هذا فانه ظاهر ان شاء الله .

(القسم الثانى من الجملة الثانية)

وهذا القسم فيه فصول ثلاثة قواعد ، الفصل الاول فى موجب الحنث وشر وطه وأحكامه ،
الفصل الثانى فى رافع الحنث وهى الكفارات ، الفصل الثالث متى ترفع وكفى ترفع

﴿ الفصل الاول ﴾

واتفقوا على أن موجب الحنث هو المخالفة لما اعتدت عليه اليمين وذلك إما فعل ما حلف على
الأيضه وإما ترك ما حلف على فعله إذا علم أنه قد تراخى عن فعل ما حلف على فعله الى وقت
ليس يمكنه فيه فعله وذلك فى اليمين بالترك المطلق مثل ان يحلف لئلا كان هذا الرغيف فى كاه
غيره أو الى وقت هو غير الوقت الذى اشترط فى وجود الفعل عنه وذلك فى الفعل المشترط فعله
فى زمان محدود مثل أن يقول والله لا فعان اليوم كذا وكذا فإنه إذا انقضى النهار ولم يفعل حنث
ضرورة واختلفوا من ذلك فى أربعة مواضع ، أحدها إذا أتى بالخالف ناسياً أو مكرهاً ،
والثانى هل يتعلق موجب اليمين بأقل ما ينطق عليه الاسم أو بجميعه ، والموضع الثالث هل
يتعلق اليمين بالمعنى المساوى لصيغة اللفظ أو بمفهومه المخصص للصيغة والمعنى لها ، والموضع
الرابع هل اليمين على نية الخالف أو المستحلف

﴿ فأما المسئلة الاولى ﴾ فإن مالك يرى السامى والمكره بمنزلة العامد والشافعى يرى
أن لا حنث على السامى ولا على المكره * وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى « ولكن
بؤاخذكم بما عقدتم الايمان » ولم يفرق بين عامد وناس لعموم قوله عليه الصلاة والسلام : رفع
عن أمتي الخطأ والسيان وما استكرهوا عليه فان هذين العمومين يمكن ان يخص كل واحد
منهما بصاحبه . وأما الموضع الثانى فمثل ان يحلف أن لا يفعل شيئاً ففعل بعضه أو أنه يفعل شيئاً
فلم يفعل بعضه فعند مالك أنه إذا حلف لئلا كان هذا الرغيف فأكل بعضه لا يبرأ إلا بأكله كله
وإذا قال لا آكل هذا الرغيف أنه يحنث ان أكل بعضه وعند الشافعى وأبى حنيفة أنه لا يحنث
فى الوجهين جميعاً حملاً على الأخذ بأكثر ما يدل عليه الاسم . وأما تريق مالك بين الفعل
والترك فلم يجز فى ذلك على أصل واحد لأنه أخذ فى الترك بأقل ما يدل عليه الاسم وأخذ فى
الفعل بجميع ما يدل عليه الاسم وكأنه ذهب الى الاحتياط .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ فتشأن ان يحلف على شئ بعينه يفهم منه القصد الى معنى أعم من
ذلك الشئ الذى لفظ به أو أخص أو يحلف على شئ وينوى به معنى أعم أو أخص أو يكون

للمشيء الذي حلف عليه اسمان، أحدهما لغوى، والآخر عرفي وأحدهما أخص من الآخر
وأما إذا حلف على شيء بعينه فإنه لا يحنث عند الشافعي وأبي حنيفة إلا بالمخالفة الواقعة في ذلك
الشيء بعينه الذي وقع عليه الحلف وإن كان المفهوم منه معنى أعم أو أخص من قبل الدلالة
العرفية وكذلك أيضاً فيما أحسب لا يعتبرون النية المخالفة للفظ وإنما يعتبرون مجرد الالفاظ
فقط . وأما مالك فإن المشهور من مذهبه أن المعتبر ألا عنده في الإيمان التي لا يقضى على حالها
بموجبها هو النية فإن عذمت فقرينة الحال فإن عذمت فعرف اللفظ فإن عدم فدلالة اللغة
وقيل لا يراعى إلا النية أو ظاهر اللفظ اللغوي فقط وقيل يراعى النية وبساط الحال ولا يراعى
العرف . وأما الإيمان التي يقضى بها على صاحبها فإنه إن جاء الحالف مستغنياً كان حكمه حكم
اليمين التي لا يقضى بها على صاحبها من مراعاة هذه الأشياء فيها على هذا الترتيب وإن كان مما
يقضى بها عليه لم يراع فيها إلا اللفظ إلا أن يشهد لما يدعى من النية المخالفة لظاهر اللفظ قرينة
الحال أو العرف .

وَأَمَّا الْمَسْئَلَةُ الرَّابِعَةُ فَاتَّهَمُوا عَلَى أَنْ يَمِينًا عَلَى نِيَةِ الْمُسْتَحْلِفِ فِي الدَّعَاوِي
وَاخْتَلَفُوا فِي غَيْرِ ذَلِكَ مِثْلَ الْإِيمَانِ عَلَى الْمَوَاعِيدِ فَقَالَ قَوْمٌ عَلَى نِيَةِ الْحَالِفِ وَقَالَ قَوْمٌ عَلَى نِيَةِ
الْمُسْتَحْلِفِ وَنَبَتُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: الْيَمِينُ عَلَى نِيَةِ الْمُسْتَحْلِفِ وَقَالَ عَلَيْهِ
الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: يَمِينُكَ عَلَى مَا يَصْدُقُكَ عَلَيْهِ ضَاحِكٌ خَرَجَ هَذِينَ الْحَدِيثَيْنِ مُسْلِمٌ وَمَنْ قَالَ
الْيَمِينُ عَلَى نِيَةِ الْحَالِفِ فَأَعْمَا عَتَبَ الْمَعْنَى الْقَائِمَ بِالنَّفْسِ مِنَ الْيَمِينِ لَا ظَاهَرَ الْلفْظِ وَفِي هَذَا الْبَابِ
فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ لَكِنْ هَذِهِ الْمَسَائِلُ الْارْبَعُ هِيَ أَصُولُ هَذَا الْبَابِ إِذْ يَكَادُ أَنْ يَكُونَ جَمِيعُ
الْاِخْتِلَافِ الْوَاقِعِ فِي هَذَا الْبَابِ رَاجِعاً إِلَى الْاِخْتِلَافِ فِي هَذِهِ وَذَلِكَ فِي الْآكْثَرِ مِثْلُ
اِخْتِلَافِهِمْ فِيمَنْ حَلَفَ أَنْ لَا يَأْكُلَ رُؤْسَ أَفٍّ كُلِّ رُؤْسٍ حَيْثَانِ هَلْ يَحْنُثُ أَمْ لَا فَمَنْ رَأَى الْعَرَفَ
قَالَ لَا يَحْنُثُ وَمَنْ رَأَى دَلَالََةَ الْلفْظِ قَالَ يَحْنُثُ وَمِثْلُ اِخْتِلَافِهِمْ فِيمَنْ حَلَفَ أَنْ لَا يَأْكُلَ لَحْماً
أَفٍّ كُلِّ شَحْمٍ فَمَنْ اعْتَبَرَ دَلَالََةَ الْلفْظِ الْحَقِيقِي قَالَ لَا يَحْنُثُ وَمَنْ رَأَى أَنَّ اسْمَ الشَّيْءِ قَدْ نِطَاقٌ
عَلَى مَا يَتَوَلَدُ مِنْهُ قَالَ يَحْنُثُ وَبِالْجُمْلَةِ فَاخْتِلَافُهُمْ فِي الْمَسَائِلِ الْفُرُوعِيَةِ الَّتِي فِي هَذَا الْبَابِ هِيَ
رَاجِعَةٌ إِلَى اِخْتِلَافِهِمْ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ الَّتِي ذَكَرْنَا وَرَاجِعَةٌ إِلَى اِخْتِلَافِهِمْ فِي دَلَالَاتِ الْاِلفَظِ
الَّتِي يَحْلِفُ بِهَا وَذَلِكَ أَنَّ . مِنْهَا مَا هِيَ مُجْمَلَةٌ . وَمِنْهَا مَا هِيَ ظَاهِرَةٌ . وَمِنْهَا مَا هِيَ نَصُوصٌ .

هذا فالمتبر في اللازم له هو الوسط من عيش أهل البلد لا من عيشه أعني الغالب وعلى حذين القولين يحمل قدر الوسط من الاطعام أعني الوسط من قدر ما يظعم أهله أو الوسط من قدر ما يظعم أهل البلد أهلهم إلا في المدينة خاصة .

﴿ وأما المسئلة الثمانية ﴾ وهي المجزى من الكسوة فإن مال الكارأى ان الواجب في ذلك هو أن يكس ما يجزى فيه الصلاة فإن كسا الرجل كسا ثوبا وان كسا النساء كسا ثوبا بين درعا وحملا وقال الشافعي وأبو حنيفة يجزى في ذلك أقل ما ينطلق عليه الاسم ازار أو قميص أو سراويل أو عمامة وقال أبو يوسف لا تجزى العمامة ولا السراويل * وسبب اختلافهم هل الواجب الاخذ باقل دلالة الاسم اللغوى أو المعنى الشرعى .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي اختلافهم في اشتراط تنافع الايام الثلاثة في الصيام فإن مالكا والشافعي لم يشترطا في ذلك وجوب التتابع وان كانا استجابه واشترط ذلك أبو حنيفة * وسبب اختلافهم في ذلك شيان ، أحدهما هل يجوز العمل بالقراءة التي ليست في المصحف وذلك ان في قراءة عبد الله بن مسعود فصيام ثلاثة أيام متتابعات ، والسبب الثاني اختلافهم هل يحمل الأمر بمطلق الصوم على التتابع أم ليس يحمل اذ كان الاصل في الصيام الواجب بانشرع انما هو التتابع .

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهي اشتراط العدد في المساكين فإن مالكا والشافعي قالا لا يجزى به الا أن يطعم عشرة مساكين وقال أبو حنيفة ان أطعم مسكينا واحدا عشرة أيام أجزأه * والسبب في اختلافهم هل الكفارة حق واجب للعدد المذكور أو حق واجب على المكفر فقد ر بالعدد المذكور فان قلنا انه حق واجب للعدد كالأوصية فلا بد من اشتراط العدد وان قلنا حق واجب على المكفر لكنه قدر بالعدد أجزأ من ذلك اطعامه مسكين واحد على عدد المذكورين والمسئلة محتملة

﴿ وأما المسئلة الخامسة ﴾ وهي اشتراط الاسلام والحرية في المساكين فإن مالكا والشافعي اشتراطهما ولم يشترط ذلك أبو حنيفة * وسبب اختلافهم هل استيجاب الصدقة هو بالافتقار فقط أو بالاسلام اذ كان السمع قد أنبأ أنه يثاب بالصدقة على الفقير الغير مسلم فن شبه الكفارة بالزكاة الواجبة للمسلمين اشتراط الاسلام في المساكين الذين تجب لهم هذه الكفارة ومن شبهها بالصدقات التي تكون عن تطوع أجزأ أن يكونوا غير مسلمين * وأما سبب اختلافهم في العيدهم وهل يتصور فيهم وجود الفقر أم لا اذ كانوا مكفيين من ساداتهم في غالب

الاحوال أو من يجب أن يكفوا فن راعى وجود النقص وتناول العيب والاحتراس من
يوجد من العيب من بحر عبيده ومن راعى وجوب الحق له على الغير بالحكم قول العيب يجب
على السيد اتياهم به ويتخى ذلك عليه وان كان معسرا قضى عليه بيمينه فليس يحتاجون الى
المعنة بالكفارات وما جرى مجراها من الصدقات .

وأما المسئلة السادسة هي هل من شرط الرقبة أن تكون سليمة من العيوب من
قتهاء الامتصاص شرطا ذلك أعنى العيوب المؤثرة في الايمان وقال أهل الظاهر ليس ذلك من
شرطها . وسبب اختلافهم هل الواجب الاخذ بما يدل عليه الائم أو بما يدل عليه
الشافعي . وأما المسئلة السابعة هي اشتراط الايمان في الرقبة أيضا فان مالكا والشافعي
اشتراط ذلك وأجاز أبو حنيفة أن تكون الرقبة غير مؤمنة . وسبب اختلافهم هو هل يحمل
المطلق على التمسك في الاشياء التي تنفق في الاحكام وتختلف في الاسباب كحكم حال هذه
الكفارات مع كفارة الظهار فمن قل يحمل المطلق على المفيد في ذلك قال بشرط الايمان في
ذلك حملا على اشتراط ذلك في كفارة الظهار في قوله تعالى (فتحرير رقبة مؤمنة) ومن قل
لا يحمل وجب عنده أن يبقى موجب اللفظ على إطلاقه .

الفصل الثالث

وأما متى ترفع الكفارة الحنث وتمحوه فانهم اختلفوا في ذلك فقال الشافعي اذا كفر بعد
الحنث أو قبله فقد ارتفع الائم وقال أبو حنيفة لا يرتفع الحنث الا بالتكفير الذي يكون بعد
الحنث لا قبله وروى عن مالك في ذلك القولان جميعا . وسبب اختلافهم شيان : أحدهما
اختلاف الرواية في قوله عليه الصلاة والسلام : من حلف على عيمين فرأى غيرهما خيرا منها
فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه فن قومار ووه هكذا وقرم ووه فليكفر عن يمينه
وليأت الذي هو خير وظاهر هذا الرواية أن الكفارة تجوز قبل الحنث وظاهر الثانية أنها بعد
الحنث . والسبب الثاني اختلافهم في هل يجوز تقديم الحق الواجب قبل وقت وجوبه لانه
من الظاهر أن الكفارة بما تجب بعد الحنث كالزكاة بعد الحول ولتأمل أن يقول ان الكفارة
انما تجب بارادة الحنث والعزم عليه كالحال في كفارة الظهار فلا يدخله الخلاف من هذه الجهة
وكان سبب الخلاف من طريق المعنى هو هل الكفارة رافعة للحنث اذا وقع أو ما نعتله من قال
مانعة أجاز تقديمها على الحنث ومن قال رافعة لم يحزها الا بعد وقوعه . وأما تعدد الكفارات

بتعدد الايمان فانهم اتفقوا فيما علمت أن من حلف على أمور شتى يمين واحدة ان كفارته كفارة يمين واحدة وكذلك في أحسب لا خلاف بينهم انه اذا حلف بايمان شتى على شىء واحد ان الكفارات الواجبة في ذلك بتعدد الايمان كالحالف اذا حلف بايمان شتى على أشياء شتى واختلفوا اذا حلف على شىء واحد بعينه مراراً كثيرة فقال قوم في ذلك كفارة يمين واحدة وقال قوم في كل يمين كفارة الا ان ير يد التأكيده وهو قول مالك وقال قوم فيها كفارة واحدة الا ان ير يد التغليظ * وسبب اختلافهم هل الموجب للتعدد هو تعدد الايمان بالجنس أو بالعدد فن قال اختلافها بالعدد قال لكل يمين كفارة اذا كررت ومن قال اختلافها بالجنس قال في هذه المسئلة يمين واحدة واختلفوا اذا حلف في يمين واحدة باكثر من صفتين من صفات الله تعالى هل تعدد الكفارات بتعدد الصفات التي تضمنت اليمين أم في ذلك كفارة واحدة فقال مالك الكفارة في هذه اليمين متعددة بتعدد الصفات فمن حلف بالسميع العليم الحكيم كان عليه ثلاث كفارات عنده وقال قوم ان اراد الكلام الاول وجاء بذلك على انه قول واحد فكفارة واحدة اذ كانت يميناً واحدة * والسبب في اختلافهم هل مراعاة الوحدة أو الكثرة في اليمين هو راجع الى صيغة القول أو الى تعدد الاشياء انى يشقل عليها القول الذى مخرجه مخرج يمين فن اعتبر الصيغة قال كفارة واحدة ومن اعتبر عددها متضمنة صيغة القول من الاشياء التى يمكن أن يقسم بكل واحد منها على اقراده قال الكفارة متعددة بتعدددها وهذا القدر كاف في قواعد هذا الكتاب وسبب الاختلاف والله المعين برحمته .

— كتاب النذور —

وهذا الكتاب فيه ثلاثة فصول ، الفصل الاول في أصناف النذور ، الفصل الثانى فيما يلزم من النذور وما لا يلزم وجملة أحكامها ، الثالث في معرفة الشئ الذى يلزم عنها وأحكامها

— الفصل الاول —

والنذور تنقسم أولاً قسمين ، قسم من جهة اللفظ ، وقسم من جهة الاشياء التى تنذر . فاما من جهة اللفظ فانه ضربان . مطلق وهو المخرج مخرج الخير . ومقيد وهو المخرج مخرج الشرط والمطلق على ضربين . مصرح فيه بالشئ المنذور به . وغير مصرح . فالاول مثل قول القائل

لله على نذر أن أحج . والثاني مثل قوله لله على نذر دون أن يصرح بمخرج النذر والاول ربما
صرح فيه بلفظ النذر وربما لم يصرح فيه به مثل أن يقول لله على أن أحج . وأما المقيّد بمخرج
مخرج الشرط فكقول القائل ان كان كذا فعلى لله نذر كذا وأن أفعل كذا وهذا ربما علقه بفعل
من أفعال الله مثل أن يقول ان شفى الله مريضى فعلى نذر كذا وكذا وربما علقه بفعل نفسه
مثل أن يقول ان فعلت كذا فعلى نذر كذا وهذا هو الذى يسميه الفقهاء إيماناً وقد تقدم من قولنا
انما ليست بآيمان فهذه هي أصناف النذر من جهة الصيغ . وأما أصنافه من جهة الاشياء التى
من جنس المعاني المنذور بها فانها تنقسم الى أربعة أقسام . نذر بأشياء من جنس القرب .
ونذر بأشياء من جنس المعاصي . ونذر بأشياء من جنس المكروهات . ونذر بأشياء من
جنس المباحات وهذه الاربع تنقسم قسمين ، نذر بتركها ، ونذر بفعلها

الفصل الثانى

وأما ما يلزم من هذه النذور وما لا يلزم فانهم اتفقوا على لزوم النذر المطلق فى العرب الا
ما حكى عن بعض أصحاب الشافعى ان النذر المطلق لا يجوز وانما اتفقوا على لزوم النذر المطلق
اذا كان على وجه الرضا لا على وجه اللجاج وصرح فيه بلفظ النذر لا اذا لم يصرح وسواء
كان النذر مصرحاً به بالشيء المنذور أو كان غير مصرح وكذلك أجمعوا على لزوم النذر الذى
مخرجه مخرج الشرط اذا كان نذراً بقرينة وانما صار الواجب النذر لعموم قوله تعالى « يا أيها
الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ولان الله تعالى قد مدح به قتال يوفون بالنذر وأخبر بوقوع
العقاب بنقضه فقال « ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله » الآية الى قوله « بما كانوا
يكذبون » * والسبب فى اختلافهم فى التصريح بلفظ النذر فى النذر المطلق هو اختلافهم
فى هل يجب النذر بالنية واللفظ معاً ، أو بالنية فقط . فن قال بهما معاً اذا قال لله على كذا
وكذا ولم يقل نذراً لم يلزمه شيء لانه اخبار بوجوب شيء لم يوجب الله عليه الا أن يصرح
بجهة الوجوب ومن قال ليس من شرطه اللفظ قال ينعقد النذر وان لم يصرح بلفظه وهو مذهب
مالك أعنى انه اذا لم يصرح بلفظ النذر انه يلزم وان كان من مذهب ان النذر لا يلزم الا بالنية
واللفظ لكن رأى أن حذف لفظ النذر من القول غير معتبر اذا كان المقصود بالاقول الى
مخرجه مخرج النذر والنذر وان لم يصرح فيها بلفظ النذر وهذا مذهب الجمهور والاول مذهب
سعيد بن المسيب ويشبه ان يكون من لم يلزم من النذر المطلق انما فعل ذلك من قبل انه حمل

الامر بالوفاء على الندب وكذلك من اشترط فيه الرضا فانما اشترطه لان القرينة انما تكون على جهة الرضا لا على جهة اللجاج وهو مذهب الشافعي . وأما مالك فالنذر عنده لا يزم على أى جهة وقع فهذا ما اختلفوا فى لزومه من جهة اللفظ . وأما ما اختلفوا فى لزومه من جهة الاشياء المنذور بها فان فيه من المسائل الاصول اثنتين .

المسئلة الاولى ﴿ اختلفوا فى من نذر معصية فقال مالك والشافعي وجمهور العلماء ليس يلزمه فى ذلك شيء وقال أبو حنيفة وسفيان والكوفيون بل هو لازم واللازم عندهم فيه هو كفارة يمين لا فعل المعصية * وسبب اختلافهم تعارض ظواهر الآثار فى هذا الباب وذلك انه روى فى هذا الباب حديثان ، أحدهما حديث عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه فظاهر هذا انه لا يلزم النذر بالعصيان ، والحديث الثانى حديث عمران بن حصين وحديث أبي هريرة الثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لا نذر فى معصية الله وكفارته كفارة يمين وهذا نص فى معنى اللزوم فمن جمع بينهما فى هذا قال الحديث الاول تضمن الاعلام بان المعصية لا تلزم وهذا الثانى تضمن لزوم الكفارة فمن رجح ظاهر حديث عائشة اذ لم يصح عنده حديث عمران وأبي هريرة قال ليس يلزم فى المعصية شيء ومن ذهب مذهب الجمع بين الحديثين اوجب فى ذلك كفارة يمين قال أبو عمر بن عبد البر ضعف أهل الحديث حديث عمران وأبي هريرة قالوا لان حديث أبي هريرة يدور على سليمان بن أرقم وهو متروك الحديث وحديث عمران بن الحصين يدور على زهير بن محمد عن أبيه وأبوه مجهول لم يرو عنه غير ابنه وزهير أيضاً عنده مناكير ولكنه خرجته مسلم من طريق عتبة بن عامر وقد جرت عادة المالكية أن يحتجوا لما لك فى هذه المسئلة بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً قائماً فى الشمس فقال ما بال هذا قالوا نذر أن لا يتكلم ولا يستظل ولا يجلس ويصوم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مره فليتكلم وليجلس وليتم صيامه قالوا فامر به أن يتم ما كان طاعة لله ويترك ما كان معصية وليس بالظاهر ان ترك الكلام معصية وقد أخبر الله انه نذر مريم وكذلك يشبه أن يكون القيام فى الشمس ليس بمعصية الا ما يتعلق بذلك من جهة اتعاب النفس فان قيل فيه معصية فبالتياس لا بالنص فالاصل فيه انه من المباحات .

المسئلة الثانية ﴿ اختلفوا فى من حرم على نفسه شيئاً من المباحات فقال مالك لا يلزم ما عدا الزوجة وقال أهل الظاهر ليس فى ذلك شيء وقال أبو حنيفة فى ذلك كفارة يمين *

وتسبب اختلافهم معارضة مفهوم النظر لظاهر قوله تعالى « يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك »
تبتغي مرضاة أزواجك » وذلك ان النذر ليس دواعقاً بخلاف الحكم الشرعي اعني من
تحريم محلل أو تحليل محرم وذلك ان التصرف في هذا انما هو للشارع فوجب أن يكون لمكان
هذا المفهوم ان من حرم على نفسه شيئاً أحله الله له بالشرع انه لا يلزمه كما لا يلزم ان نذر تحليل
شيء حرمه الشرع وظاهر قوله تعالى (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) إثر العتب على التحريم
يوجب ان تكون الكفارة تحل هذا العتدواذا كان ذلك كذلك فهو غير لازم والفرقة
الاولى تأولت التحريم المذكور في الآية انه كان العقد يمين وقد اختلف في الشيء الذي نزلت
فيه هذه الآية وفي كتاب مسلم ان ذلك كان في شربة عسل وفيه عن ابن عباس انه قال : اذا
حرم الرجل عليه امرأته فهو يمين يكفرها وقال « لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة »

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما اختلافهم فيما اذا يلزم في نذر نذر من النذور واحكام ذلك فان فيه اختلافاً كثيراً لكن
نشير نحن من ذلك الى مشهورات المسائل في ذلك وهي التي تتعلق أكثر ذلك بالنطق الشرعي
على عادتنا في هذا الكتاب وفي ذلك مسائل خمس .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ اختلفوا في الواجب في النذر المطلق الذي ليس يعين فيه الناذر شيئاً
سوى أن يقول لله على نذر فقال كثير من العلماء في ذلك كفارة يمين لا غير وقال قوم بل فيه
كفارة الظهار وقال قوم أقل ما ينطلق عليه الاسم من القرب صيام يوم أو صلاة ركعتين وإما
صار الجهور ولو جوب كفارة اليمين فيه للثابت من حديث عقبة بن عامر أنه عليه السلام
قال كفارة النذر كفارة يمين خرجه مسلم . وأما من قال صيام يوم أو صلاة ركعتين فانه ذهب
مذهب من يرى ان المجزئ أقل ما ينطلق عليه الاسم وصلاة ركعتين أو صيام يوم أقل ما ينطلق
عليه اسم النذر . وأما من قال فيه كفارة الظهار فخرج عن القياس والسمع .

(المسئلة الثانية) اتفقوا على لزوم النذر بالمشي الى بيت الله أعني اذا نذر المشي راجلاً
واختلفوا إذا عجز في بعض الطريق فقال قوم لا شيء عليه وقال قوم عليه واختلفوا فيما اذا عليه
على ثلاثة أقوال فذهب أهل المدينة الى أن عليه أن يمشي مرة أخرى من حيث عجز وان شاء
ركب وأجزم أنه عليه دم وهذا مروى عن علي وقال أهل مكة عليه هدى دون إعادة مشي وقال
مالك عليه الامران جميعاً يعني انه يرجع فيمشي من حيث وجب وعليه هدى والهدى عنده

بدنه أو برة أو شاة أن لم يجد برة أو بدنة * وسبب اختلافهم منازعة الأصول لهذه المسئلة ومخالفة الآثار وذلك أن من شبهه العاجز إذا مشى مرة ثانية بالمتع والتارن من أجل أن التارن فعل ما كان عليه في سفرين في سفر واحد وهذا فعل ما كان عليه في سفر واحد في سفرين قال يجب عليه هدى التارن أو المتع ومن شبهه بسائر الأفعال التي تنوب عنها في الحج إراقة الدم قال فيه دم ومن أخذ بالآثار الواردة في هذا الباب قال إذا عجز فلا شيء عليه قال أبو عمر والسنن الواردة الثابتة في هذا الباب دليل على طرح المشقة وهو كما قال واحدنا حديث عتبة بن عامر الجبني قال: نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله عز وجل فامرنتي أن أستقي لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتيت لها النبي صلى الله عليه وسلم فقال تمش ولتركب خروجه مسلم وحديث أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلاً يهادي بين ابنتيه فسألهم عنه فقالوا نذر أن يمشي فقال عليه الصلاة والسلام: إن الله لغني عن تعذيب هذا نفسه وامرءان يركب وهذا أيضاً ثابت.

المسئلة الثالثة * اختلفوا بعد اتفاقهم على لزوم المشي في حج أو عمرة فيمن نذر أن يمشي إلى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم أو إلى بيت المقدس يريد بذلك الصلاة فيهما فقال مالك والشافعي يلزمه المشي وقال أبو حنيفة لا يلزمه شيء وحيث صلى أجزأه وكذلك عنده أن نذر الصلاة في المسجد الحرام وإنما وجب عنده المشي بالنذر إلى المسجد الحرام لمكان الحج والعمرة وقال أبو يوسف صاحبه من نذر أن يصلي في بيت المقدس أو في مسجد النبي عليه الصلاة والسلام لزمه وأن صلى في البيت الحرام أجزأه عن ذلك وأكثر الناس على أن النذر لما سوى هذه المساجد الثلاثة لا يلزم لقوله عليه الصلاة والسلام: لا تسرج المظي إلا الثلاث فذكر المسجد الحرام ومسجده وبيت المقدس وذهب بعض الناس إلى أن النذر إلى المساجد التي يرجى فيها فضل زائد واجب واحتج في ذلك بفتوى ابن عباس لولد المرأة التي نذرت أن تمشي إلى مسجد بقاء فأتت أن يمشي عنها * وسبب اختلافهم في النذر إلى ما عدا المسجد الحرام اختلافهم في المعنى الذي إليه تسرج المظي إلى هذه الثلاثة مساجد هل ذلك لموضع صلاة الفرض فيما عدا البيت الحرام أو لموضع صلاة النفل فن قال لموضع صلاة الفرض وكان الفرض عنده لا ينذر إذ كان واجباً بالشرع قال النذر بالمشي إلى هذين المسجدين غير لازم ومن كان عنده أن النذر قد يكون في الواجب أو أنه أيضاً قد قصد هذان المسجدان لموضع صلاة النفل لقوله عليه الصلاة والسلام: صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف

صلاة فيما سواه الا المسجد الحرام واسم الصلاة يشمل العرض والنفل قال هو واجب لكن
 ابو حنيفة حمل هذا الحديث على العرض مصيراً الى الجمع بينه وبين قوله عليه الصلاة والسلام
 صلاة أحدكم في بيته أفضل من صلاته في مسجدى هذا الا المكتوبة والا وقع التضاد بين
 هذين الحديثين وهذه المسئلة هي أن تكون من الباب الثاني أحق أن تكون من هذا الباب .
 المسئلة الرابعة ١٤٠ واختلفوا في الواجب على من نذر أن ينحر ابنه في مقام إبراهيم فقال
 مالك ينحرجز ورافداه وقال ابو حنيفة ينحر شاة وهو أيضاً مروى عن ابن عباس وقال
 بعضهم بل ينحر مائة من الابل وقال بعضهم يهدي ديتة وروى ذلك عن علي وقال بعضهم
 بل يحج به وبه قال الليث وقال ابو يوسف والشافعي لا شيء عليه لانه نذر معصية ولا نذر في
 معصية وسبب اختلافهم قصة ابراهيم عليه الصلاة والسلام أعنى هل ما تقرب به ابراهيم
 هو لازم للمسلمين أم ليس يلزم فمن رأى أن ذلك شرع خص به ابراهيم قال لا يلزم النذر
 ومن رأى أنه لا يلزم لنا قال النذر لازم والخلاف في هل يلزمنا شرع من قبلنا مشهور لكن يتطرق
 الى هذا خلاف آخر وهو أن الظاهر من هذا الفعل أنه كان خاصاً بابراهيم ولم يكن شرعاً لاهل
 زمانه وعلى هذا فليس ينبغي أن يختلف هل هو شرع لنا أم ليس بشرع والذين قالوا أنه شرع عاماً
 اختلفوا في الواجب في ذلك من قبل اختلافهم أيضاً في هل يحمل الواجب في ذلك على
 الواجب على ابراهيم أم يحمل على غير ذلك من القرب الاسلامية وذلك اما صدقة بديته
 واما حجه واما هدي بدته وأما الذين قالوا مائة من الابل فذهبوا الى حديث عبدالمطلب .
 المسئلة الخامسة ١٤١ واتفقوا على أن من نذر أن يجعل ماله كله في سبيل الله أو في سبيل
 من سبل البر أنه يلزمه وأنه ليس ترفعه الكفارة وذلك اذا كان نذراً على جهة الخير لا على جهة
 الشرط وهو الذي يسمونه يميناً واختلفوا فيمن نذر ذلك على جهة الشرط مثل أن يقول مالي
 للمساكين ان فعلت كذا فقهله فقتل قوم ذلك لازم كل نذر على جهة الخير ولا كفارة فيه وهو
 مذهب مالك في النذور التي صيغها هذه الصيغة أعنى لا كفارة فيه وقال قوم الواجب في
 ذلك كفارة يمين فقط وهو مذهب الشافعي في النذور التي مخرجها مخرج الشرط لانه ألحقها
 بحكم الايمان وأما مالك فألحقها بحكم النذور على ما تقدم من قولنا في كتاب الايمان والذين
 اعتقدوا وجوب اخراج ماله في الموضع الذي اعتدوه اختلفوا في الواجب عليه فقتل مالك
 يخرج ثلث ماله فقط وقال قوم بل يجب عليه اخراج جميع ماله وبه قال ابراهيم النخعي وزفر
 وقال ابو حنيفة يخرج جميع الاموال التي تجب الزكاة فيها وقال بعضهم ان أخرج مثل زكاة ماله

أجزأه وفي المسألة قول خامس وهو ان كان المال كثير أخرج خمسة وان كان وسطاً أخرج سبعة وان كان يسيراً أخرج عشرة وحدثوا بالكثير بالعين والوسط بالف والليل بخمسةائة وذلك مروى عن قتادة * والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة أعني من قال المال كله أو ثلثه معارضة الاصل في هذا الباب للأثر وذلك أن ما جاء في حديث أبي لبابة بن عبد المنذر حين تاب الله عليه وأراد أن يتصدق بجميع ماله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بمجزئك من ذلك الثلث هو نص في مذهب مالك . وأما الاصل فيوجب أن لا يلزم له انما هو جميع ماله حملاً على سائر النذر أعني انه يجب الوفاء به على الوجه الذي قصده لكن الواجب هو استثناء هذه المسئلة من هذه القاعدة اذ قد استثناءها النص الا أن ما لكالم يلزم في هذه المسئلة أصله وذلك أنه قال ان حلف أو نذر شيئاً معيناً لم يره ان كان كل ماله وكذلك يلزم عنده ان عين جزأ من ماله وهو أكثر من الثلث وهذا يخالف لنص ما رواه في حديث أبي لبابة وفي قول رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي جاء بمثل بيضة من ذهب فقال أصبت هذا من معدن فخذها فهي صدقة ما أملك غير ما فاعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم جاءه عن يمينه ثم عن يساره ثم من خلفه فأخذها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخذفه بها فلما أصابه لا وجعه وقال عليه الصلاة والسلام: يأتي أحدكم بما يملك فيقول هذه صدقة ثم يتعدى تكفف الناس خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وهذا نص في انه لا يلزم المال المعين اذا تصدق به وكان جميع ماله ولعل مالكا لم تصح عنده هذه الآثار . وأما سائر الاقاويل التي قيلت في هذه المسئلة فضعاف وبخاصة من حدف في ذلك غير الثلث وهذا التدر كافي في أصول هذا الكتاب والله الموفق للصواب .

﴿ كتاب الضحايا ﴾

وهذا الكتاب في أصوله أربع أبواب . الباب الاول في حكم الضحايا ومن مخاطب بها ، الباب الثاني في أنواع الضحايا وصفاتها وأسمائها وعددها ، الباب الثالث في أحكام الذبح ، الباب الرابع في أحكام لحوم الضحايا .

﴿ الباب الاول ﴾

اختلف العلماء في الاضحية هل هي واجبة أم هي سنة فذهب مالك والشافعي الى انها من السنن المؤكدة ورخص مالك للحاج في تركها معني ولم يفرق الشافعي في ذلك بين الحاج وغيره

وقال أبو حنيفة الضحية واجبة على المقيم في الأمصار والموسرين ولا تجب على المسافرين وخالفه صاحب جادة أبو يوسف ومحمد فقالا إنها ليست بواجبة وروى عن مالك مثل قول أبي حنيفة. وبسبب اختلافهم شيثان، أحدهما دل فعليه عليه الصلاة والسلام في ذلك شمول على الوجوب أو على الندب وذلك أنه لم يترك صلى الله عليه وسلم الضحية قط في باروى عنه حتى في السفر على ما جاء في حديث ثوبان قال ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم أضحيته ثم قال أبو ثوبان أصلح لحم هذه الضحية قال فلم أزل أطمعه منها حتى قدم المدينة. والسبب الثاني اختلافهم في مفهوم الأحاديث الواردة في أحكام الضحايا وذلك أنه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أم سامة أنه قال إذا دخل العشر فإراد أحدكم أن يضحي فلا يأخذ من شعره شيئاً ولا من أظفاره قالوا فتولاه إذا أراد أحدكم أن يضحي فيه دليل على أن الضحية ليست بواجبة ولما أمر عليه الصلاة والسلام لابي بردة بإعادة أضحيته أذبح قبل الصلاة فهم قوم من ذلك الوجوب ومذهب ابن عباس أن لا وجوب قال عكرمة يعني ابن عباس بدرهمين أشترى بهما له لحماً وقال من لقيت فقل لهذه ضحية ابن عباس وروى عن بلال أنه ضحى بيديك وكل حديث ليس بوارد في الغرض الذي يحتاج به فيه فلا يحتاج به ضعيف واختله واهل يلزم الذي يريد التضحية أن لا يأخذ في العشر الأول من شعره وأظفاره والحديث بذلك ثابت

(الباب الثاني)

وفي هذا الباب أربع مسائل مشهورة، أحداها في تمييز الجنس، والثانية في تمييز الصفات، والثالثة في معرفة السن، والرابعة في العدد

المسئلة الأولى ﴿أجمع العلماء على جواز الضحايا من جميع بهيمة الأنعام واختلوا في الأفضل من ذلك فذهب مالك إلى أن الأفضل في الضحايا الكبش ثم البقر ثم الأبل بعكس الأمر عنده في الهدايا وقد قيل عنه الأبل ثم البقر ثم الكبش وذهب الشافعي إلى عكس ما ذهب إليه مالك في الضحايا الأبل ثم البقر ثم الكبش وبه قال أشهب وابن شعبان. وبسبب اختلافهم معارضة القياس لدليل الفعل وذلك أنه لم يرو عنه عليه الصلاة والسلام أنه ضحى إلا بكبش فكان ذلك دليلاً على أن الكبش في الضحايا أفضل وذلك فيما ذكر بعض الناس وفي البخاري عن ابن عمر ما يدل على خلاف ذلك وهو أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يذبح وينحر بالمصلى. وأما القياس فالان الضحايا قرينة يحوي أن يكون الأفضل فيها

الأفضل في الهدايا وقد احتج الشافعي لمذهبه بعموم قوله عليه الصلاة والسلام: من راح في الساعة الاولى فكأنما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشاً أحديت فكان الواجب حمل هذا على جميع القرب بالحیوان . وأما مالك فحمله على الهدايا فقط لتلا يعارض الفعل القول وهو الاولى وقد يمكن أن يكون لاختلافهم سبب آخر وهو هيل الذبح العظيم الذي فدى به ابراهيم سنة باقية الى اليوم وانها الاضحية وان ذلك معنى قوله وتركنا عليه في الاخرين فن ذهب الى هذا قال الكباش أفضل ومن رأى ان ذلك ليست سنة باقية لم يكن عنده دليل على ان الكباش أفضل مع انه قد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بالامر من جميعا واداك ذلك كذلك قالوا لوجب المصير الى قول الشافعي وكأهم مجموعون على انه لا تجوز الضحية بغير بهيمة الا نعام الا ما حكى عن الحسن ابن صالح انه قد تجوز التضحية بقرة الوحش عن سبعة وانظري عن واحد .

المسئلة الثانية ﴿ أجمع العلماء على اجتناب العرجاء البين عرجها في الضحايا والمر بضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي ﴾ (١) مصير الحديث البراء بن عازب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل ماذا يتقى من الضحايا فأتسار بيده وقال أر بع وكان الرءاء يشير بيده ويقول يدي أقصر من يدر رسول الله صلى الله عليه وسلم العرجاء البين عرجها والعوراء البين عورها والمر بضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي وكذلك أجمعوا على ان ما كان من هذه الاربع خفيفاً فلا تأثير له في منع الاجزاء واختلَفوا في موضعين ، أحدهما فيما كان من العيوب أشد من هذه المنصوص عايمها مثل العمى وكسر الساق ، والثاني فيما كان مساوياً لها في افادة النقص وشبهها أعنى ما كان من العيوب في الاذن والعين والذنب والخرس وغير ذلك من الاعضاء ولم يكن يسيراً . فاما الموضع الاول فان الجمهور على ان ما كان أشد من هذه العيوب المنصوص عليها فهي أخرى أن تمنع الاجزاء وذهب أهل الظاهر الى انه لا تمنع الاجزاء ولا يتجنب بالجملة أكثر من هذه العيوب التي وقع النص عليها * وسبب اختلافهم هل هذا اللفظ الوارد هو خاص أر يده الخصوص أو خاص أر يده العموم فن قال أر يده الخصوص ولذلك أخر بالعدد قال لا تمنع الاجزاء الا هذه الاربعة فقط ومن قال هو خاص أر يده العموم وذلك من النوع الذي يقع فيه التنبيه بالادنى على الاعلى قال ما هو أشد من المنصوص عليها فهو أخرى أن لا يجزى ، وأما الموضع الثاني أعنى ما كان من العيوب في سائر الاعضاء مفيد النقص على

نحو افادة هذه العيوب المنصوص عليها فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال أحدها انها
 يمنع الاجزاء تمنع المنصوص عليها وهو المعروف من مذهب مالك في الكتب المشهورة والقول
 الثاني انه لا تمنع الاجزاء وان كان يستحب اجتنابها وبه قال ابن القصار وابن الجلاب
 وجماعة من البغداديين من أصحاب مالك ، والقول الثالث انها لا تمنع الاجزاء ولا يستحب
 تجنبها وهو قول أهل الظاهر * وسبب اختلافهم شيان ، أحدهما اختلاف فهم في مفهوم الحديث
 المتقدم ، والثاني تعارض الآثار في هذا الباب . أما الحديث المتقدم فن رأه من باب الخاص
 أريد به الخاص قال لا يمنع ماسوى الاربع محامو مساو لها أو أكثر منها . وأما من رأه من باب
 الخاص أريد به العام وهم الفقهاء فن كان عنده انه من باب التنبيه بالادنى على الاعلى فقط لاس
 باب التنبيه بالمساوى على المساوى قال يلحق بهذه الاربع ما كان أشد منها ولا يلحق بهما
 كان مساو يالها في منع الاجزاء الاعلى وجه الاستحباب ومن كان عنده انه من باب التنبيه على
 الامرين جميعاً أعنى على ما هو أشد من المنطوق به أو مساو له قال تمنع العيوب الشبيهة
 بالمنصوص عليها الاجزاء كما يمنعها العيوب التي هي أكبر منها فهذا هو أحد أسباب الخلاف في
 هذه المسئلة وهو من قبل تردد اللفظ بين أن يفهم منه المعنى الخاص أو المعنى العام ثم ان من فهم
 منه العام فأى عام هو هل الذى هو أكثر من ذلك أو الذى هو أكثر والمساوى معاً على
 المشهور من مذهب مالك . وأما السبب الثاني فانه ورد في هذا الباب من الاحاديث
 الحسان حديثان متعارضان فذكر النسائي عن أبي بردة انه قال يارسول الله أكره
 النقص يكون في القرن والاذن فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : ما كرهته فدعه ولا تحرمه على
 غيرك وذكره على بن أبي طالب قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستبشر العين
 والاذن ولا يضحى بشرقاء ولا خرقاء ولا مدابة ولا بتراء والشرقاء المشقوقه الاذن
 والخرقاء المثقوبة الاذن والمدابة التي قطع من جنبتي أذنها من خلف فن رجح حديث أبي
 بردة قال لا يتقى الا العيوب الاربع أو ما هو أشد منها ومن جمع بين الحديثين بان حمل حديث
 أبي بردة على اليسير الذى هو غير بين وحديث على على الكثير الذى هو بين الحق بحكم
 المنصوص عليها ما هو مساو لها ولذلك جرى أصحاب هذا المذهب الى التحديد فيما يمنع
 الاجزاء مما يذهب من هذه الاعضاء فاعتبر بعضهم ذهاب الثلث من الاذن والذنب
 وبعضهم اعتبر الاكثر وكذلك الامر في ذهاب الاسنان واطباء الشدى وأما القرن فان
 مالك قال ليس ذهاب جزء منه عيباً إلا أن يكون يدمى فانه عنده من باب المرض ولا خلاف

في أن المرض البين يمنع الاجزاء وخرج أبو داود أن النبي عليه الصلاة والسلام : نبى عن أعصب الاذن والقرن واختلفوا في الصكاء وهى التى خلقت بلا اذنين فذهب مالك والشافعى الى انها لا تجوز وذهب أبو حنيفة الى انه اذا كان خلة جاز كالاجم ولم يختلف الجمهور ان قطع الاذن كله أو أكثره عيب وكل هذا الاختلاف راجع الى ما قدمنا واختلفوا فى الا بتر فتقوم أجاز وه لحديث جابر الجعفي عن محمد بن قرظة عن أبي سعيد الخدرى انه قال اشترت كبشا لا ضحى به فاكل الذئب ذنبه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ضح به وجابر عند أكثر المحدثين لا يحتاج به وقوم أيضاً منعهو لحديث على المتقدم .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهى معرفة السن الميثرة في الضحايا فانهم أجمعوا على انه لا يجوز الجذع من المعز بل الثنى فما فوقه لقوله عليه الصلاة والسلام لا نى بردة لما امره بالاعادة : يحزبك ولا يحزى جذع عن أحد غيرك واختلفوا فى الجذع من الضأن فالجمهور على جوازه وقال قوم بل الثنى من الضأن * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فالخصوص هو حديث جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تذبحوا الا مسنة الا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن خرجه مسلم والعموم هو ما جاء فى حديث أبي بردة بن نيار خرجه من قوله عليه الصلاة والسلام : ولا تحزى جذعة عن أحد بعدك فمن رجح هذا العموم على الخصوص وهو مذهب أبي محمد بن حزم فى هذه المسئلة لانه زعم أن أبا الزبير مدلس عند المحدثين والمدلس عندهم هو من ليس تجرى العنة من قوله بجرى المسند لتسامحه فى ذلك وحديث أبي بردة لا مطعن فيه . وأما من ذهب الى بناء الخاص على العام على ما هو المشهور عند جمهور الاصوليين فانه استثنى من ذلك العموم جذع الضأن المنصوص عليها وهو الاولى وقد صحح هذا الحديث أبو بكر بن صفور (١) وخطأ أبو محمد بن حزم فيما نسب الى أبي الزبير فى غالب ظنى فى قول له رد فيه على ابن حزم .

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهى عدد ما يحزى من الضحايا عن المضححين فانهم اختلفوا فى ذلك فقال مالك يجوز أن يذبح الرجل الكبش أو البقرة أو البقرة مضحياً عن نفسه وعن أهل بيته الذين تلزمه نفقتهم بالشرع وكذلك عنده الهدايا وأجاز الشافعى وأبو حنيفة وجماعة أن ينحر الرجل البقرة عن سبع وكذلك البقرة مضحياً أو مهدياً أو أجمعوا على أن الكبش لا يحزى الا عن واحد الا ما رواه مالك من انه يحزى أن يذبحه الرجل عن نفسه وعن أهل بيته لا على

جهة الشركة بل اذا اشتراهما منفرداً وذلك لما روى عن عائشة انها قالت : كنا بيني فدخل عليهما بلحم بقر فقلنا ما هو فقالوا نحن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه وخالفه في ذلك أبو حنيفة والثوري على وجه الكراهة لا على وجه عدم الاجزاء * وسبب اختلافهم معارضة الاصل في ذلك للقياس المبني على الاثر الوارد في الهدايا وذلك ان الاصل هو أن لا يجرى الا واحد عن واحد ولذلك اتفقوا على منع الاشتراك في الضمان وانما قلنا ان الاصل هو أن لا يجرى الا واحد عن واحد لان الامر بالتضحية لا يتبعض اذ كان من كان له شرك في ضحية ليس ينطاق عليه اسم موضح الا ان قام الدليل الشرعي على ذلك . وأما الاثر الذي أنبنى عليه القياس المعارض لهذا الاصل فيمارى عن جابر انه قال . نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية البدنه عن سبعة وفي بعض روايات الحديث : سن رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنه عن سبعة والبقرة عن سبعة فقياس الشافعي وأبو حنيفة الضحايا في ذلك على الهدايا . وأما مالك فرجح الاصل على القياس المبني على هذا الاثر لانه اعتل حديث جابر بان ذلك كان حين صد المشركون رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البيت وهدى المحصر بعد ايسر دونه عنده واجباً وانما هو تطوع وهدى التطوع يجوز عنده فيه الاشتراك ولا يجوز الاشتراك في الهدى الواجب لكن على القول بان الضحايا غير واجبة فقد يمكن قياسها على هذا الهدى وروى عنه ابن القاسم انه لا يجوز الاشتراك لافي هدى تطوع ولا في هدى وجوب وهذا كانه رد للحديث لمكان مخالفته للاصل في ذلك وأجمعوا على انه لا يجوز أن يشترك في السك أكثر من سبعة وان كان قدر روى من حديث رافع بن خديج ومن طريق ابن عباس وغيره البدنه عن عشرة وقال الطحاوي واجماعهم على انه لا يجوز أن يشترك في السك أكثر من سبعة دليل على ان الآثار في ذلك غير صحيحة وانما صار مالك لجواز تشريك الرجل أهل بيته في أضيته أو هديه لما رواه عن ابن شهاب انه قال ما نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أهل بيته الا بدنه واحدة أو بقرة واحدة وانما خولف مالك في الضحايا في هذا المعنى أعني في التشريك لان الاجماع انعقد على منع التشريك فيه في الاجانب فوجب أن يكون الاقارب في ذلك في قياس الاجانب وانما فرق مالك في ذلك بين الاجانب والاقارب لقياسه الضحايا على الهدايا في الحديث الذي احتج به اعني حديث ابن شهاب فاختلفا في هذه المسئلة اذا راجع الى تعارض الاقيسة في هذا الباب اعني إما الحاق الاقارب بالاجانب وإما قياس الضحايا على الهدايا

(الباب الثالث)

ويتعلق بالذبح المختص بالضحايا النظر في الوقت والذبح . اما الوقت فانهم اختلفوا فيه في ثلاثة مواضع في ابتدائه وفي انتهائه وفي الليالي المتحللة له . فاما في ابتدائه فانهم اتفقوا على ان الذبح قبل الصلاة لا يجوز لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام : من ذبح قبل الصلاة فانهى شاة لحم وأمره بالاعادة لمن ذبح قبل الصلاة وقوله : أول ما ندأ به في يومنا هذا وان نصلي ثم ننحر الى غير ذلك من الآثار الثابتة التي في هذا المعنى واختلفوا فمن ذبح قبل ذبح الامام وبعد الصلاة فذهب مالك الى انه لا يجوز لا حد ذبح اضحيته قبل ذبح الامام وقال أبو حنيفة والثوري يجوز الذبح بعد الصلاة وقبل ذبح الامام * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه جاء في بعضها ان النبي عليه الصلاة والسلام امر لمن ذبح قبل الصلاة ان يعيد الذبح وفي بعضها انه امر لمن ذبح قبل ذبحه ان يعيد خرج هذا الحديث الذي فيه هذا المعنى مسلم فن جعل ذلك موطنين اشترط ذبح الامام في جواز الذبح ومن جعل ذلك موطناً واحداً قال انما يعتبر في اجزاء الذبح الصلاة فقط وقد اختلفت الرواية في حديث أبي بردة بن نيار وذلك ان في بعض رواياته انه ذبح قبل الصلاة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يعيد الذبح وفي بعضها انه ذبح قبل ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره بالاعادة واذا كان ذلك كذلك فحمل قول الراوي أنه ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول الآخر ذبح قبل الصلاة على موطن واحد أولى وذلك ان من ذبح قبل الصلاة فقد ذبح قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجب ان يكون المؤثر في عدم الاجزاء انما هو الذبح قبل الصلاة كما جاء في الآثار الثابتة في ذلك من حديث أنس وغيره ان من ذبح قبل الصلاة فليعد وذلك ان تأصيل هذا الحكم منه صلى الله عليه وسلم يدل بمفهوم الخطاب دلالة قوية ان الذبح بعد الصلاة يحزى لانه لو كان هنالك شرط آخر مما يتعلق به اجزاء الذبح لم يسكت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ان فرضه التبيين ونص حديث أنس هذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم النحر : من كان ذبح قبل الصلاة فليعد واختلفوا من هذا الباب في فرع مسكوت عنه وهو متى يذبح من ليس له امام من اهل القرى فقال مالك يتحرون ذبح أقرب الأئمة اليهم وقال الشافعي يتحرون قدر الصلاة والخطبة ويذبحون وقال أبو حنيفة من ذبح من هؤلاء بعد الفجر أجزأه وقال قوم بعد طلوع الشمس وكذلك اختلف أصحاب مالك في فرع آخر وهو اذا لم يذبح الامام في المصلي فقال قوم

يتحرى ذبحه بعد انصرافه وقال قوم ليس يجب ذلك . وأما آخر زمان الذبح فإن مالكا قال
 آخره اليوم الثالث من أيام النحر وذلك مغيب الشمس فالذبح عنده هو في الأيام المعلومات يوم
 النحر ويومان بعده وبه قال ابو حنيفة وأحمد وجماعة وقال الشافعي والاوزاعي الاضحى
 أربعة أيام يوم النحر وثلاثة أيام بعده وروى عن جماعة أنهم قالوا الاضحى يوم واحد وهو
 يوم النحر خاصة وقد قيل الذبح الى آخر يوم من ذى الحجة وهو شاذ لا دليل عليه وكل هذه
 الاقاويل مروية عن السلف * وسبب اختلاف فهم شيئان ، أحدهما اختلاف فهم في الأيام
 المعلومات ما هي في قوله تعالى « ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على
 ما رزقهم من بهيمة الانعام » فتيل يوم النحر ويومان بعده وهو المشهور وقيل العشر الاول
 من ذى الحجة * والسبب الثانى معارضة دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جابر بن مطعم
 وذلك انه ورد فيه عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : كل فجاج مكة منخر وكل أيام التشريق
 ذبح فمن قال في الأيام المعلومات إنها يوم النحر ويومان بعده في هذه الآية ورجح دليل الخطاب
 فيها على الحديث المذکور قال لا نحر الا في هذه الأيام ومن رأى الجمع بين الحديث والآية
 وقال لا معارضة بينهما اذا الحديث اقتضى حكما زائدا على ما في الآية مع ان الآية ليس المقصود
 منها تحديد أيام الذبح والحديث المقصود منه ذلك قال يجوز الذبح في اليوم الرابع اذا كان باتفاق من
 أيام التشريق ولا خلاف بينهم ان الأيام المعدودات هي أيام التشريق وأنها ثلاثة بعد يوم النحر
 الا ما روى عن سعيد بن جابر أنه قال : يوم النحر من أيام التشريق وانما اختلافوا في الأيام
 المعلومات على القولين المتقدمين . وأما من قال يوم النحر فقط فبناء على ان المعلومات هي العشر
 الاول قال واذا كان الاجماع قد انعقد انه لا يجوز الذبح منها الا في اليوم العاشر وهي محل الذبح
 المنصوص عليها فواجب أن يكون الذبح انما هو يوم النحر فقط .

وأما المسئلة الثالثة * وهي اختلاف فهم في الليالى التى تتخلل أيام النحر فذهب مالك في
 المشهور عنه الى أنه لا يجوز الذبح في ليالى أيام التشريق ولا النحر وذهب الشافعي وجماعة الى
 جواز ذلك * وسبب اختلاف فهم الاشتراك الذى في اسم اليوم وذلك ان مرة يطلقه العرب
 على النهار واللييلة مثل قوله تعالى « فتمتعوا في داركم ثلاثة أيام » ومرة يطلقه على الايام دون
 الليالى مثل قوله تعالى (سخرها عليهم سبع ليال وثمانية أيام حسوما) فمن جعل اسم اليوم
 يتناول الليل مع النهار في قوله تعالى (ليدكروا اسم الله في أيام معلومات) قال يجوز الذبح بالليل
 والنهار في هذه الايام ومن قال ليس يتناول اسم اليوم الليل في هذه الآية قال لا يجوز الذبح ولا

النجر بالليل والنظر هل اسم اليوم أظهر في أحدهما من الثاني ويشبه أن يقال أنه أظهر في النهار منه في الليل لكن إن سلمنا أن دلالة في الآية هي على النهار فقط لم يمنع الذبح بالليل إلا بتخو ضعيف من إيجاب دليل الخطاب وهو تعليق ضد الحكم بضد مفهوم الاسم وهذا النوع من أنواع دليل الخطاب هو من أضعفها حتى أنهم قالوا ما قال به أحد من المتكلمين إلا الدقاق فقط إلا أن يقول قائل إن الأصل هو الحظر في الذبح وقد ثبت جوازه بالنهار فعلى من جوزه بالليل الدليل . وأما الذبح فإن العلماء استحبوا أن يكون المضحي هو الذي يلي ذبح أضحيته بيده واتفقوا على أنه يجوز أن يوكل غيره على الذبح واختلفوا هل تجوز الضحية أن ذبحها غيره بغير إذنه فميل لا تجوز وقيل بالفرق بين أن يكون صديقا أو ولداً أو اجنبياً أعني أنه يجوز أن كان صديقا أو ولداً ولم يختلف المذهب فيما حسب أنه ان كان اجنبياً أنها لا تجوز .

﴿ الباب الرابع في أحكام لحوم الضحايا ﴾

واتفقوا على أن المضحي مأثور أن يأكل من لحم أضحيته ويتصدق لقوله تعالى (فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير) وقوله تعالى « وأطعموا القانع والمعتز » ولقوله صلى الله عليه وسلم في الضحايا : كلوا وتصدقوا وادخروا واختلف مذهب مالك هل يؤمر بالاكل والصدقة معاً أم هو مخير بين أن يفعل احداً من أمرين فقال مالك ليس له أن يفعل احداً من أمرين أعني أن يأكل الكل أو يتصدق بالكل وقال ابن المواز له أن يفعل احداً من أمرين واستحب كثير من العلماء أن يقسمها ثلاثاً ثلثاً للادخار وثلثاً للصدقة وثلثاً للاكل لقوله عليه الصلاة والسلام : فكلوا وتصدقوا وادخروا وقال عبد الوهاب في الاكل أنه ليس بواجب في المذهب خلافاً لقوم أوجبوا ذلك وأظن أهل الظاهر يوجبون تجزئة لحوم الضحايا إلى الأقسام الثلاثة التي يتضمنها الحديث والعلماء متفقون فيها علمت أنه لا يجوز بيع لحومها واختلفوا في جلد ها وشعرها وما عدا ذلك مما ينتفع به منها فقال الجمهور لا يجوز بيعه وقال أبو حنيفة يجوز بيعه بغير الدراهم والدنانير أى بالعروض وقال عطاء مجوز بكل شئ دراهم ودنانير وغير ذلك وانما فرق أبو حنيفة بين الدراهم وغيرها لأنه رأى أن المعاوضة بالعروض هي من باب الانتفاع لاجتماعهم على أنه يجوز أن ينتفع به وهذا القدر كاف في قواعد هذا الكتاب والحمد لله .

* (كتاب الذبائح) :

والقول المحيط بقواعد هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب ، الباب الاول في معرفة محل الذبيح والنحر وهو المذبح او المنحور ، الباب الثاني في معرفة الذبيح والنحر ، الباب الثالث في معرفة الآله التي بها يكون الذبيح والنحر ، الباب الرابع في معرفة شروط الذكاة ، الباب الخامس في معرفة الذابح والنحر ، والاصول هي الاربعة والشروط يمكن أن تدخل في الاربعة الابواب ، والاسهل في التعليم ان يجعل بابا على حدته .

* (الباب الاول) *

والحيوان في اشتراط الذكاة في أكله على قسمين ، حيوان لا يحل الا بذكاة ، وحيوان يحل بغير ذكاة ومن هذه ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه واتفقوا على ان الحيوان الذي يعمل فيه الذبيح هو الحيوان البري ذو الدم الذي ليس بحرم ولا منفوذ المقاتل ولا ميؤس منه بوقد أو نطح أو زردا وافتراس سبع او مرض وان الحيوان البحري ليس يحتاج الى ذكاة واختلفوا في الحيوان الذي ليس بدمي مما يجوز أكله مثل الجراد وغيره هل لذكاة أم لا وفي الحيوان الدمى الذي يكون تارة في البحر وتارة في البر مثل السلحفاة وغيره واختلفوا في تأثير الذكاة في الاصناف التي نص عليها في آية التحريم وفي تأثير الذكاة فيما لا يحل أكله أعني في تحليل الانتفاع بجلودها وسلب النجاسة عنها في هذا الباب إذ است مسائل أصول .
المسئلة الاولى في تأثير الذكاة في الاصناف الخمسة التي نص عليها في الآية اذا أدركت حية ، المسئلة الثانية في تأثير الذكاة في الحيوان المحرم الاكل ، المسئلة الثالثة في تأثير الذكاة في المريضة ، المسئلة الرابعة في هل ذكاة الجنين ذكاة امه ام لا ، المسئلة الخامسة هل للجراد ذكاة ام لا ، المسئلة السادسة هل للحيوان الذي يأوى في البر تارة وفي البحر تارة ذكاة ام لا .

المسئلة الاولى ﴿ أما المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع فانهم اتفقوا فيها أعلم انه اذا لم يبلغ الخنق منها أو الوقذ منها الى حالة لا يرجي فيها ان الذكاة عاملة فيها أعني انه اذا غلب على الظن انها تعيش وذلك بان لا يصاب لها متتل واختلفوا اذا غلب على الظن انها من ذلك باصا بة مقتل أو غيره فقال قوم تعمل الذكاة فيها وهو مذهب أبي حنيفة

والمشهور من قول الشافعي وهو قول الزهري وابن عباس وقال قوم لا تعمل الذكاة فيها وعن مالك في ذلك الوجهان ولكن الاشهر انها لا تعمل في الميؤس منها وبعضهم تأول في المذهب أن الميؤس منها على ضربين، ميؤسة مشكوك فيها، وميؤسة مقطوع بموتها وهي المنفوضة المقاتل على اختلاف بينهم أيضاً في المقاتل قال فاما الميؤسة المشكوك فيها ففي المذهب فيها روايتان مشهورتان وأما المنفوضة المقاتل فلا خلاف في المذهب المنقول ان الذكاة لا تعمل فيها وان كان يتخرج فيها الجواز على وجه ضعيف * وسبب اختلاف فهم اختلاف فهم في مفهوم قوله تعالى (إلا ما ذكيتم) هل هو استثناء متصل فيخرج من الجنس بعض ما يتناوله اللفظ وهو المنخقة والموقودة والتردية والنطيحة وما أكل السبع على عادة الاستثناء المتصل أم هو استثناء منفصل لا تأثير له في الجملة المتقدمة اذ كان هذا أيضاً شأن الاستثناء المنتقطع في كلام العرب فن قال انه متصل قال الذكاة تعمل في هذه الاصناف الخمسة . وأما من قال الاستثناء منفصل لا تعمل الذكاة فيها وقد احتج من قال ان الاستثناء متصل باجماعهم على ان الذكاة تعمل في المرجوم منها قال فهذا يدل على ان الاستثناء له تأثير فيها فهو متصل وقد احتج أيضاً من رأى انه منفصل بان التحريم لم يتعلق باعيان هذه الاصناف الخمسة وهي حية وإنما يتعلق بها بعد الموت واذا كان ذلك كذلك فلا استثناء منتقطع وذلك أن معنى قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) إنما هو لحم الميتة وكذلك لحم الموقودة والتردية والنطيحة وسائر أكل لحم الميتة بهذه الاسباب سوى التي تموت من تلقاء نفسها وهي التي تسمى ميتة أكثر ذلك في كلام العرب أو بالحقيقة قالوا فلما علم أن المقصود لم يكن تعليق التحريم باعيان هذه وهي حية وإنما علق بها بعد الموت لان لحم الحيوان محرم في حال الحياة بدليل اشتراط الذكاة فيها و بدليل قوله عليه الصلاة والسلام ما قطع من البهجة وهي حية فهو ميتة وجب أن يكون قوله إلا ما ذكيتم استثناء منفصلاً لكن الحق في ذلك أن كيف ما كان الامر في الاستثناء فواجب أن تكون الذكاة تعمل فيها وذلك انه ان علقنا التحريم بهذه الاصناف في الآية بعد الموت وجب أن تدخل في التذكية من جهة ما هي حية الاصناف الخمسة وغيرها لانها ما دامت حية مساوية لغيرها في ذلك من الحيوان أعني انها تقبل الحلية من قبل التذكية التي الموت منها هو سبب الحلية وان قلنا ان الاستثناء متصل فلا خفاء بوجوب ذلك ويحتمل أن يقال ان عموم التحريم يمكن أن يفهم منه تناول اعيان هذه الخمسة بعد الموت وقبله كالحال في الخنزير الذي لا تعمل فيه الذكاة فيكون الاستثناء على هذا رافعا للتحريم أعيانها بالتصميم على عمل الذكاة فيها واذا كان ذلك

كسنتهم بشيء ما عرض به ذلك انه عرض من الاستدلال على كون الاستثناء منفصلاً .
 وأما من فرق بين المفترضة المتناول والمشكوك فيها فيقتل أن يقال إن مذهبه أن الاستثناء
 منسب إليه وأنه إنما يثابرت كذا في المرجوة بالاجماع وقاس المشكوك على المرجوة ويحقق
 أن يقول إن الاستثناء متصل ولكن استثناء هذا العنصر من الموقوفة للقياس وذلك أن
 الذكاة إنما يجب أن تعمل في حين يقطع أنها سبب الموت فاما إذا شك هل كان موجب
 الموت الذكاة أو الوقد أو النضح أو سائر هذا فلا يجب أن تعمل في ذلك وهذه هي حال الموقوفة
 المتناول ولأنه يقول إن المفترضة المتناول في حكم الميتة والذكاة من شرطها أن ترفع الحياة الثابتة
 لا الحياة الذاهبة .

المسئلة الثانية : وأما هل تعمل الذكاة في الحيوانات المحرمات الا كل حتى تطهر
 بذلك جلودها فانهم أيضاً اختلفوا في ذلك فقال مالك الذكاة تعمل في السباع وغيرهما عدا
 الخنزير وبه قال أبو حنيفة الا أنه اختلف المذهب في كون السباع فيه حرمة أو مكروهة على
 ماسياني في كتاب الاطعمة والاشربة وقال الشافعي الذكاة تعمل في كل حيوان محرم
 الا كل فيجوز بيع جميع أجزائه والانتفاع بها ماعدا اللحم * وسبب الخلاف هل يبيع
 أجزاء الحيوان تابعة للحجم في الحلية والحرمة أم ليست بتابعة للحجم فمن قال أنها تابعة للحجم قال
 اذا لم تعمل الذكاة في اللحم لم تعمل فيما سواه ومن رأى أنها ليست بتابعة قال وان لم تعمل في
 اللحم فاتها تعمل في سائر أجزاء الحيوان لان الاصل انها تعمل في جميع الاجزاء فاذا ارتفع
 بالدليل المحرم للحجم عملها في اللحم بقي عملها في سائر الاجزاء الا أن يدل الدليل على ارتفاعه .

المسئلة الثالثة : واختلفوا في تأثير الذكاة في البهيمة التي أشرفت على الموت من شدة
 المرض بعد اتفاقهم على عمل الذكاة في التي لم تشرف على الموت فالجمهور على أن الذكاة تعمل
 فيها وهو المشهور عن مالك وروى عنه أن الذكاة لا تعمل فيها * وسبب الخلاف معارضة
 القياس للاثرفا لما روي أن أمة لكعب بن مالك كانت ترعى غنابلسع فاصيبت
 شاة منها فادركتها فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوها خرجه
 البخاري ومسلم . وأما القياس فلان المعلوم من الذكاة انها إنما تعمل في الحي وهذه في حكم
 الميت وكل من أجاز ذبحها فانهم اتفقوا على أنه لا تعمل الذكاة فيها الا اذا كان فيها دليل على
 الحياة واختلفوا فيما هو الدليل المعتبر في ذلك فبعضهم اعتبر الحركة وبعضهم لم يعتبرها والاول
 مذهب أبي حنيفة والثاني مذهب زيد بن ثابت وبعضهم اعتبر فيها ثلاث حركات طرف

العين ونحر يك الذنب والركض بالرجل وهو مذهب سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم وهو الذى اختاره محمد بن المواز وبعضهم شرط مع هذه التنفس وهو مذهب ابن حبيب .

﴿المسئلة الرابعة﴾ واختلفوا هل تعمل ذكاة الام فى جنينها أم ليس تعمل فيه وانما هو ميتة أعنى اذا خرج منها بعد ذبح الام فذهب جمهور العلماء الى أن ذكاة الام ذكاة الجنينها وبه مالك والشافعى وقال أبو حنيفة ان خرج حياً ذبح وأكل وان خرج ميتاً فهو ميتة والذين قالوا ان ذكاة الام ذكاة له بعضهم اشترط فى ذلك تمام خلقة ونبات شعره وبه قال مالك وبعضهم قال لم يشترط ذلك وبه قال الشافعى * وسبب اختلافهم فى صحة الاثر المروى فى ذلك من حديث أبى سعيد الخدرى مع مخالفته للاصول وحديث أبى سعيد هو قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن البقرة أو الناقة أو الشاة ينجرها أحدنا فنجد فى بطنها جنيناً ما أكله أم نلقيه فقال : كلوه ان شئتم فان ذكاته ذكاة أمه وخرج مثله الترمذى وأبو داود عن جابر واختلفوا فى تصحيح هذا الاثر فلم يصححه بعضهم وصححه بعضهم وأحد من صححه الترمذى وأما مخالفة الاصل فى هذا الباب للاثر فهو ان الجنين اذا كان حياً ثم مات بموت أمه فأنما يموت خنقاً فهو من المنخقة التى ورد النص بتحريمها والى تحريمه ذهب أبو محمد بن حزم ولم يرض سند الحديث وأما اختلاف القائلين بحليته فى اشتراطهم نبات الشعر فيه أولاً اشتراطه * فالسبب فيه معارضة العموم للقياس وذلك أن عموم قوله عليه السلام : ذكاة الجنين ذكاة أمه يقتضى ان لا يقع هنالك تفصيل وكونه محلاً للذكاة يقتضى أن يشترط فيه الحياة قياساً على الاشياء التى تعمل فيها التذكية والحياة لا توجد فيه الا اذا نبات شعره وتم خلقة ويعضدها القياس ان هذا الشرط مروى عن ابن عمر وعن جماعة من الصحابة وروى معمر عن الزهري عن عبد الله بن كعب بن مالك قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون اذا أشعر الجنين فذكاته ذكاة أمه وروى ابن المبارك عن ابن أبى ليلى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة أمه أشعر أو لم يشعر إلا أن ابن أبى ليلى سئى الحفظ عندهم والقياس يقتضى أن تكون ذكاته فى ذكاة أمه من قبل انه جزء منها واذا كان ذلك كذلك فلا معنى لاشتراط الحياة فيه فيضعف أن يخصص العموم الوارد فى ذلك بالقياس الذى تقدم ذكره عن أصحاب مالك .

﴿المسئلة الخامسة﴾ واختلفوا فى الجر اذا قتال مالك لا يؤكل من غير ذكاة وذكاته عنده هو ان يقتل إما بتطع رأسه أو بغير ذلك وقال عامة الفقهاء يجوز أكل ميتته وبه قال مطرف

رذ كذا ما ليس بذى دم عند مالك كذا كذا الجراد * وسبب اختلافهم في ميتة الجراد وهل يتناول اسم الميتة أم لا في قوله تعالى (حرمت عليكم الميتة) وللخلاف سبب آخر وهو هل هو ثرة حوت أو حيوان يرى

المسئلة السادسة * واختلفوا في الذى يتصرف فى الر والبحر هل يحتاج الى ذكاة أم لا فغالب قوم فيه حكم البر وغلب آخرون حكم البحر واعتبر آخرون حيث يكون عيشه ومتصرفه منهما غالبا .

(الباب الثانى فى الذكاة)

وفى قواعد هذا الباب مسئلتان المسئلة الاولى فى أنواع الذكاة المختصة بصنف صنف من بهيمة الانعام ، الثانية فى صفة الذكاة .

المسئلة الاولى * واتفقوا على أن الذكاة فى بهيمة الانعام نحر وذبح وأن من سسنة الغنم والطير الذبح وأن من سنة الابل النحر وأن البقر يحوز فيها الذبح والنحر واختلفوا هل يحوز النحر فى الغنم والطير والذبح فى الابل فذهب مالك الى انه لا يحوز النحر فى الغنم والطير ولا الذبح فى الابل وذلك فى غير موضع الضرورة وقال قوم يحوز جميع ذلك من غير كراهة وبه قال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وجماعة العلماء وقال أشهب ان نحر ما يذبح أو ذبح ما ينحر أكله ولكنه يكره وفرق ابن بكير بين الغنم والابل فقال يؤكل البعير بالذبح ولا تؤكل الشاة بالنحر ولم يختلفوا فى جواز ذلك فى موضع الضرورة * وسبب اختلافهم معارضة العمل للعموم . فاما العموم فتقوله عليه الصلاة والسلام : ما أهر الدم وذكرا اسم الله عليه فأكوا وأما العمل فانه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نحر الابل والبقر وذبح الغنم وانما اتفقوا على جواز ذبح البقر لقوله تعالى (إن الله يأمركم ان تذبحوا بقرة) وعلى ذبح الغنم لقوله تعالى فى الكباش (وفديناه مذبح عظيم) .

المسئلة الثانية * وأما صفة الذكاة فانهم اتفقوا على أن الذبح الذى يقطع فيه الودجان والمرىء والحلقوم مبيح الا كل واختلفوا من ذلك فى مواضع ، أحدها هل الواجب قطع الاربعة كلها أو بعضها وهل الواجب فى المتطوع منها قطع الكل أو الاكثر وهل من شرط التسطيع ان لا تقع الجوزة الى جهة البدن بل الى جهة الرأس وهل ان قطعها من

جهة العنق جازاً أكابها أم لا وهل ان عمادى فى قطع هذه حتى قطع النخاع جاز ذلك أم لا وهل من شرط الذكاة ان لا يرفع يده حتى يتم الذكاة أم لا فهم هذه ست مسائل فى عدد المقطوع وفى مقدار هـ وفى موضعه وفى نهاية القطع وفى جهته أعنى من قدام أو خلف وفى صفته

﴿أما المسئلة الاولى﴾ فان المشهور عن مالك فى ذلك هو قطع الودجين والحلقوم وأنه لا يجزى أقل من ذلك وقيل عنه بل الاربعة وقيل بل الودجين فقط ولم يختلف المذهب فى ان الشرط فى قطع الودجين هو استيفاءهما واختلاف فى قطع الحلقوم على القول بوجوبه فقليل كله وقيل أكثره . وأما أبو حنيفة فقال الواجب فى التذكية هو قطع ثلاثة غير معينة من الاربعة إما الحلقوم والودجان وإما المرى والحلقوم واحد الودجين أو المرى والودجان وقال الشافعى الواجب قطع المرى والحلقوم فقط وقال محمد بن الحسن الواجب قطع أكثر كل واحد من الاربعة * وسبب اختلافهم انه لم يأت فى ذلك شرط منقول وإنما جاء فى ذلك أنران، أحدهما يقتضى إنهار الدم فقط ، والاخر يقتضى قطع الوداج مع انهار الدم فى حديث رافع بن خديج انه قال عليه الصلاة والسلام: ما انهر الدم وذكرا سم الله عليه فكل وهو حديث متفق على صحته وروى عن ابى امامة عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : ما فرى الوداج فكلوا ما لم يكن رضى باب أو فخر ظفر فظاهر الحديث الاول يقتضى قطع بعض الوداج فقط لان انهار الدم يكون بذلك وفى الثانى قطع جميع الوداج فالحديثان والله اعلم متفقان على قطع الودجين إما احدهما أو البعض من كليهما أو من واحد منهما ولذلك وجه الجمع بين الحديثين ان يفهم من لأم التعريف فى قوله عليه الصلاة والسلام ما فرى الوداج البعض لا الكل اذ كانت لأم التعريف فى كلام العرب قد تدل على البعض . وأما من اشترط قطع الحلقوم أو المرى فليس له حجة من السماع وكثير من ذلك من اشترط المرى والحلقوم دون الودجين ولهذا ذهب قوم الى ان الواجب هو قطع ما وقع الاجماع على جوازه لان الذكاة لما كانت شرطاً فى التحليل ولم يكن فى ذلك نص فيما يجزى وجب ان يكون الواجب فى ذلك ما وقع الاجماع على جوازه الا ان يقوم الدليل على جواز الاستثناء من ذلك وهو ضعيف لان ما وقع الاجماع على اجزائه ليس يلزم ان يكون شرطاً فى الصحة .

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ فى موضع القطع وهى ان لم يقطع الجوزة فى نصفها وخرجت الى جهة البدن فاختلف فيه فى المذهب فقال مالك وابن القاسم لا يؤكل وقال اشهب وابن عبد الحكم وابن وهب تؤكل * وسبب الخلاف هل قطع الحلقوم شرط فى الذكاة أو ليس بشرط

فمن قال انه شرط قال لا بد ان تقطع الجوزة لانه اذا قطع فوق الجوزة فقد خرج الخلقوم سليماً ومن قال انه ليس بشرط قال ان قطع فوق الجوزة جاز .

﴿وأما المسئلة الرابعة﴾ وهي ان قطع أعضاء الذكاة عن ناحية العنق فان المذهب لا يختلف انه لا يجوز وهو مذهب سعيد بن المسيب وابن شهاب وغيرهم وأجاز ذلك الشافعي وأبو حنيفة واسحق وأبو ثور وروى ذلك عن ابن عمر وعلي وعمران بن الحصين * وسبب اختلافهم هل تعمل الذكاة في المنفوعة المقاتل أم لا تعمل وذلك ان انقاطع لأعضاء الذكاة من النفا لا يصل إليها بالقطع الا بعد قطع النخاع وهو مقتل من المقاتل فتزد الذكاة على حيوان قد أصيب مقتله وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسئلة .

﴿وأما المسئلة الخامسة﴾ وهي أن يتمادى الذابح بالذبح حتى يقطع النخاع فان مالكا كره ذلك اذا تمادى في القطع ولم ينقطع النخاع من أول الامر لانه ان نوى ذلك فكأنه نوى التذكية على غير الصفة الجائزة وقال مطرف وابن الماجشون لا تؤكل ان قطعها متعمداً دون جهل وتؤكل ان قطعها ساهياً أو جادلاً

﴿وأما المسئلة السادسة﴾ وهي هل من شرط الذكاة ان تكون في فور واحد فان المذهب لا يختلف ان ذلك من شرط الذكاة وأنه اذا رفع يده قبل تمام الذبح ثم أعادها وقد تباعد ذلك ان تلك الذكاة لا تجوز واختلفوا اذا أعاد يده بفور ذلك وبالقراب فقال ابن حبيب ان أعاد يده بالفور أكلت وقال سحنون لا تؤكل وقيل ان رفعها لمكان الاختبار هل تمت الذكاة أم لا فاعادها على الفوران تبين لانه لم يتم أكلت وهو أحد متأولي على سحنون وقد تؤكل وقوله على الكراهة قال أبو الحسن اللحى ولوقيل عكس هذا لكان أجود أعني أنه اذا رفع يده وهو يظن انه قد أتم الذكاة فتبين له غير ذلك فاعادها انها تؤكل لان الأول وقع عن شك وهذا عن اعتقاده يقيناً وهذا مبني على أن من شرط الذكاة قطع كل أعضاء الذكاة فاذا رفع يده قبل ان تستتم كانت منفوعة المقاتل غير مذكاة فلا تؤمر فيها العودة لانه بمنزلة الذكاة طرأت على المنفوعة المقاتل .

﴿الباب الثالث فيما تكون به الذكاة﴾ *

أجمع العلماء على أن كل ما أنهر الدم وفري الا وداج من حديد أو صخر أو عود أو قضيب أن التذكية به جائزة واختلفوا في ثلاثة في السن والظفر والعظم فمن الناس من أجاز التذكية بالعظم

ومنعهما بالسن والظفر والذين منعوهما بالسن والظفر منهم من فرق بين ان يكونا منر وعين أولا يكونا منر وعين فاجاز التذكية بهما اذا كانا منر وعين ولم يحجزها اذا كانا متصلين ومنهم من قال ان الذكاة بالسن والعظم مكرهة غير ممنوعة ولا خلاف في المذهب أن الذكاة بالعظم جائزة اذا انهر الدم واختلف في السن والظفر فيه على الاقوال الثلاثة أعني بالمنع مطلقا والفرق فيهما بين الانفصال والاتصال وبالكراهية لا بالمنع * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم النهي الوارد في قوله عليه الصلاة والسلام في حديث رافع بن خديج وفيه قال يا رسول الله اني الاقوا العدو غدأ وليس معننا مدى فنذبح بالقصب فقال عليه الصلاة والسلام: ما انهر الدم وذكرا سم الله فكل ليس السن والظفر وسأحدثكم عنه . أما السن فعضم . وأما الظفر فمدى الحبشة فمن الناس من فهم منه أن ذلك لمكان أن هذه الاشياء ليس في طبعها ان تنهر الدم غالباً ومنهم من فهم من ذلك انه شرع غير معمل والذين فهموا منه أنه شرع غير معمل منهم من اعتقد أن النهي في ذلك يدل على فساد المنهي عنه ومنهم من اعتقد انه لا يدل على فساد المنهي عنه ومنهم من اعتقد أن النهي في ذلك على وجه الكراهية لا على وجه الحظر فمن فهم أن المعنى في ذلك انه لا ينهر الدم غالباً قال اذا وجد منهما ما ينهر الدم جاز ولذلك رأى بعضهم ان يكونا منفصلين اذا كان انهار الدم منهما اذا كانا بهذه الصفة أمكن وهو مذهب أبي حنيفة ومن رأى أن النهي عنهما هو مشروع غير معمل وأنه يدل على فساد المنهي عنه قال ان ذبحهم لم تقع التذكية وان انهر الدم ومن رأى أنه لا يدل على فساد المنهي عنه قال ان فعل وانهر الدم اثم وحلت الذبيحة ومن رأى أن النهي على وجه الكراهية كره ذلك ولم يحرمه ولا معنى لقول من فرق بين العظم والسن فانه عليه الصلاة والسلام قد علل المنع في السن بانه عظم ولا يختلف المذهب انه يكره غير الحديد من الحدودات مع وجود الحديد لقوله عليه الصلاة والسلام: ان الله كتب الاحسان على كل مسلم فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته خرجه مسلم .

﴿الباب الرابع في شروط الذكاة﴾

وفي هذا الباب ثلاث مسائل ، المسئلة الاولى في اشتراط التسمية ، الثانية في اشتراط البسملة ، الثالثة في اشتراط التية .

﴿المسئلة الاولى﴾ واختلفوا في حكم التسمية على الذبيحة على ثلاثة أقوال ، فقليل هي فرض

على الاطلاق؛ وقيل بل هي فرض مع الذكركساقطة مع النسيان، وقيل بل هي سنة مؤكدة وبالتول الاول قال اهل الظاهر وابن عمر والشعبي وابن سيرين، وبالتول الثاني قال مالك وابو حنيفة والثوري، وبالتول الثالث قال الشافعي واحبابه وهو مروي عن ابن عباس وأبي هريرة. وبسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب في ذلك للآثر. فاما الكتاب فتقوله تعالى «ولانا كلوا مما لم يذكراسم الله عليه وإنه لفسق» وأما السنة المعارضة لهذا الآية فمارواه مالك عن هشام عن أبيه أنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقتيل يارسول الله إن ناساً من البادية يأتوننا بلحمان ولا ندرى اسموا الله عليها أم لا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: سموا الله عليها ثم كلوها فذهب مالك الى أن الآية ناسخة لهذا الحديث وتأول أن هذا الحديث كان في أول الاسلام ولم يرد ذلك الشافعي لان هذا الحديث ظاهره أنه كان بالمدينة وآية التسمية مكية فذهب الشافعي لمكان هذا مذهب الجميع بان حمل الامر بالتسمية على الندب. وامان اشترط الذكركفي الوجوب فصيراً الى قوله عليه الصلاة والسلام: رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه.

المسئلة الثانية: وأما استقبال القبلة بالذبيحة فان قوماً استحجوا ذلك وقوماً أجازوا ذلك وقوماً أوجبوه وقوماً كرهوا أن لا يستقبل بها القبلة والكراهية والمنع موجودان في المذهب وهي مسئلة مسكوت عنها والاصل فيها الاباحة الا ان يدل الدليل على اشتراط ذلك وليس في الشرع شيء يصلح ان يكون اصلاً تقاس عليه هذه المسئلة الا ان يستعمل فيها قياس مرسل وهو القياس الذي لا يستند الى اصل مخصوص عندهم أجازوا وقياس شبه بعيد وذلك أن القبلة هي جهة معظمة وهذه عبادة فوجب ان يشترط فيها الجهة لكن هذا ضعيف لانه ليس كل عبادة تشترط فيها الجهة ما عدا الصلاة وقياس الذبح على الصلاة بعيد وكذلك قياسه على استقبال القبلة بالميت.

المسئلة الثالثة: وأما اشتراط النية فيها فقتيل في المذهب بوجوب ذلك ولا اذ كرهها خارج المذهب في هذا الوقت خلافاً في ذلك ويشبه ان يكون في ذلك قولان، قول بالوجوب، وقول بترك الوجوب فمن أوجب قال عبادة لا تشترط الصفة فيها والعدد فوجب ان يكون من شرطها النية ومن لم يوجبها قال فعل معقول يحصل عنه فوات النفس الذي هو المقصود منه فوجب ان لا تشترط فيها النية كما يحصل من غسل النجاسة ازالة عينها.

﴿الباب الخامس فيمن تجوز تذكيته ومن لا تجوز﴾

والمدكور في الشرع ثلاثة أصناف، صنف اتفق على جواز تذكيته، وصنف اتفق على منع ذكائه، وصنف اختلف فيه. فاما الصنف الذي اتفق على ذكائه فمن جمع خمسة شروط الاسلام والتذكية والبلوغ والعقل وترك تضييع الصلاة. واما الذي اتفق على منع تذكيته فالمشركون عبدة الاصنام لقوله تعالى «وما ذبح على النصب» ولقوله «وما اهل به لغير الله» واما الذين اختلف فيهم فاصناف كثيرة لكن المشهور منها عشرة اهل الكتاب والمجوس والصابئون والمرأة والصبي والمجنون والسكران والذي يضيع الصلاة والسارق والغاصب. فاما اهل الكتاب فالعلماء مجمعون على جواز ذبائحهم لقوله تعالى «وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم» ومختلفون في التفصيل فاتفقوا على انهم اذا لم يكونوا من نصارى بني تغلب ولا مرتدين وذبحوا لانفسهم وعلم انهم سمووا الله تعالى على ذبيحتهم وكانت الذبيحة مما لم تحرم عليهم في التوراة ولا حرموهاهم على انفسهم انه يجوز منها ما عدا الشحم واختلفوا في مقابلات هذه الشروط اعني اذا ذبحوا مسلما باستنابته او كانوا من نصارى بني تغلب او مرتدين واذا لم يعلم انهم سمووا الله او جهل متصود بذبحهم او علم انهم سمووا غير الله مما يذبحونه لكن انفسهم واعبادهم وكانت الذبيحة مما حرمت عليهم بالتوراة كقوله تعالى كل ذي ظفر او كانت مما حرموها على انفسهم مثل الذبائح التي تكون عند اليهود فاسدة من قبل خلقه اِلَهيّة وكذلك اختلفوا في الشحوم فاما اذا ذبحوا باستنابة مسلم فقيل في المذهب عن مالك يجوز وقيل لا يجوز * وسبب الاختلاف هل من شرط ذبح المسلم اعتقاد تحليل الذبيحة على الشروط الاسلامية في ذلك ام لا فمن رأى أن النية شرط في الذبيحة قال لا تحل ذبيحة الكتابي لمسلم لانه لا يصح منه وجود هذه النية ومن رأى أن ذلك ليس بشرط. وغلب عموم الكتاب أعني قوله تعالى «وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم» قال يجوز وكذلك من اعتقد أن نية المستناب تجزى وهو اصل قول ابن وهب .

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي ذبائح نصارى بني تغلب والمرتدين فان الجمهور على أن ذبائح النصارى من العرب حكمها حكم ذبائح اهل الكتاب وهو قول ابن عباس ومنهم من لم يجز ذبائحهم وهو احد قول الشافعي وهو مروي عن علي رضي الله عنه * وسبب الخلاف هل يتناول العرب المنتصرين او المتهودين اسم الذين اوتوا الكتاب كما يتناول ذلك الامم المختصة

بالكتاب وعمنوا إسرائيل والروم . واما المرتد فان الجمهور على ان ذبيحته لا تؤكل وقال اسحاق ذبيحته جائزة وقال الثوري مكروهة * وسبب الخلاف هل المرتد لا يتناول اسم أهل الكتاب إذ كان ليس له حرمة أهل الكتاب او يتناوله .

وما المسئلة الثالثة * وهي إذا لم يعلم ان أهل الكتاب سموا الله على الذبيحة فقال الجمهور تؤكل وهو مروي عن علي وليست اذ كرفيه في هذا الوقت خلافاً وبتطرق اليه الاحتمال بان يقال ان الاصل هو ان لا يؤكل من تذكيته الا ما كان على شروط الاسلام فاذا قيل على هذا ان التسمية من شرط التذكية وجب ان لا تؤكل ذبائحهم بالشك في ذلك . واما اذا علم انهم ذبحوا ذلك لا عيادهم او كنائسهم فان من العلماء من كرهه وهو قول مالك ومنهم من أباحه وهو قول اشهب ومنهم من حرمه وهو الشافعي * وسبب اختلافهم تعارض عمومي الكتاب في هذا الباب وذلك ان قوله تعالى « وطعام الذين اتوا الكتاب حل لكم » يحتمل ان يكون مخصوصاً لقوله تعالى « وما اهل به لغير الله » ويحتمل ان يكون قوله تعالى « وما اهل به لغير الله » مخصوصاً لقوله تعالى « وطعام الذين اتوا الكتاب حل لكم » إذ كان كل واحد منهما يصح ان يستثنى من الآخر فمن جعل قوله تعالى « وما اهل به لغير الله » مخصوصاً لقوله تعالى « وطعام الذين اتوا الكتاب حل لكم » قال لا يجوز ما اهل به للكنائس والاعياد ومن عكس الامر قال يجوز . واما اذا كانت الذبيحة محرمة عليهم بالنوراة او من قبل انفسهم اعني باباحة ما ذبحوا مما حرموا بالفرق بين ان تكون محرمة عليهم بالنوراة او من قبل انفسهم اعني باباحة ما ذبحوا مما حرموا على انفسهم ومنع ما حرم الله عليهم وقيل يكره ولا يمنع والا قويل الاربعة موجودة في المذهب المنع عن ابن القاسم والاباحة عن ابن وهب وابن عبد الحكم والفرقة عن اشهب واصل الاختلاف معارضة عموم الآية لاشتراط نية الذكاة اعني اعتقاد تحليل الذبيحة بالتذكية فمن قال ذلك شرط في التذكية قال لا يجوز هذه الذبائح لانهم لا يعتقدون تحليلها بالتذكية ومن قال ليس بشرط فيها وتمسك بعموم الآية المحللة قال تجوز هذه الذبائح وهذا بعينه هو سبب اختلافهم في اكل الشحوم من ذبائحهم ولم يخالف في ذلك احد غير مالك واصحابه فمنهم من قال ان الشحوم محرمة وهو قول اشهب ومنهم من قال مكروهة والقولان عن مالك ومنهم من قال مباحة ويدخل في الشحوم سبب آخر من اسباب الخلاف سوى معارضة العموم لاشتراط اعتقاد تحليل الذبيحة بالذكاة وهو هل تتبعض التذكية أولاً تتبعض فمن قال تتبعض قال لا تؤكل الشحوم ومن قال لا تتبعض قال يؤكل الشحوم ويدل على تحليل شحوم ذبائحهم

حديث عبد الله بن مغفل إذا أصاب جراب الشحم يوم خيبر وقد تقدم في كتاب الجهاد ومن
فرق بين ما حرم عليهم من ذلك في أصل شرعهم وبين ما حرموا على أنفسهم قال ما حرم عليهم
هو أمر حق فلا تعمل فيه الذكاة وما حرموا على أنفسهم هو أمر باطل فتعمل فيه التذكية قال
القاضي والحق أن ما حرم عليهم أو حرموا على أنفسهم هو في وقت شرعية الإسلام أمر باطل
إذ كانت ناسخة لجميع الشرائع فيجب أن لا يراعى اعتقادهم في ذلك ولا يشترط أيضاً أن يكون
اعتقادهم في تحليل الذبائح اعتقاد المسلمين ولا اعتقاد شرعهم لأنه لو اشترط ذلك لما جاز كل
ذبائحهم بوجه من الوجوه لكون اعتقاد شرعهم في ذلك منسوخ واعتقاد شرعهم لا يصح
منهم وإنما هذا حكم خصهم الله تعالى به فذبائحهم والله أعلم جائزة لنا على الإطلاق وإلا ارتفع
حكم آية التحليل بجملة فتأمل هذا فإنه بين والله أعلم . وأما الجوس فان الجمهور على أنه لا تجوز
ذبائحهم لأنهم مشركون وتمسك قوم في إجازتها بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : سنوا بهم
سنة أهل الكتاب . وأما الصابئون فالأختلاف فيهم من قبل اختلافهم في هل هم من أهل
الكتاب أم ليسوا من أهل الكتاب . وأما المرأة والصبي فان الجمهور على أن ذبائحهم جائزة
غير مكروهة وهو مذهب مالك وكره ذلك أبو المصعب * والسبب في اختلافهم نقصان المرأة
والصبي وإتمام المختلف الجمهور في المرأة لحديث معاذ بن سعد أن جارية لكعب بن مالك كانت
ترعى بسلع فاصيدت شاة فادركتها فذكتها بحجر فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك
فقال لا بأس بها فكلوها وهو حديث صحيح . وأما المجنون والسكران فان مالكاً يحجز ذبيحتهما
وأجاز ذلك الشافعي * وسبب الخلاف اشتراط النية في الذكاة فمن اشترط النية منع ذلك إذ
لا يصح من المجنون ولا من السكران وبخاصة الملتخ وأما جواز تذكية السارق والغاصب فان
الجمهور على جواز ذلك ومنهم من منع من ذلك ورأى أنه أميتة . به قال داود وإسحاق بن
راهويه * وسبب اختلافهم هل النهي يدل على فساد المنهي عنه أو لا يدل فن قال يدل قال
السارق والغاصب منهى عن ذكاتها وتناولها وتعلقها فإذا ذكاه ففسدت التذكية ومن قال
لا يدل إلا إذا كان المنهي عنه شرطاً من شروط ذلك الفعل قال تذكيته جائزة لأنه ليس
صححة الملك شرطاً من شروط التذكية وفي موطأ ابن وهب أنه سئل رسول الله صلى الله عليه
وسلم عنها فلم يربها بأساً وقد جاء أباحه ذلك مع الكراهية فيما روى عن النبي عليه الصلاة
والسلام في الشاة التي ذبحت بغير إذن ربها فقاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم أطمعوها
الأسارى وهذا التقدر كاف في أصول هذا الكتاب والله أعلم

﴿ كتاب الصيد ﴾

وهذا الكتاب في أصوله أيضاً أربعة أبواب، الباب الاول في حكم الصيد وفي محل الصيد،
الثاني فيما به يكون الصيد، الثالث في صنف ذكاة الصيد والشرائط المشترطة في عمل الذكاة في
الصيد، الرابع فمن يجوز صيده.

﴿ الباب الاول ﴾

فاما حكم الصيد فالجمهور على انه مباح لقوله تعالى « أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعاً لكم
وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً » ثم قال « واذا حلتم فاصطادوا » وانفق العلماء
على أن الامر بالصيد في هذه الآية بعد النبي يدل على الاباحة كما اتفقوا على ذلك في قوله تعالى
« فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله » أعني أن المقصود به
الاباحة لوقوع الامر به بعد النبي وإن كان اختلفوا هل الامر بعد النبي يقتضي الاباحة أو
لا يقتضيه وإنما يقتضي على أصله الوجوب وكره مالك الصيد الذي يقصده السرف
وللمتأخرين من أصحابه فيه تفصيل محمول قولهم فيه أن منه ما هو في حق بعض الناس واجب
وفي حق بعضهم حرام وفي حق بعضهم مندوب وفي حق بعضهم مكروه وهذا النظر في الشرع
تغلغل في القياس وبعد عن الاصول المنطوق بها في الشرع فليس يليق بكتابنا هذا ان كان
قصدهنا فيه انما هو ذكر المنطوق به من الشرع أو ما كان قريبا من المنطوق به. وأما محل الصيد
فانهم أجمعوا على أن محله من الحيوان البحري هو السمك وأصنافه ومن الحيوان البري الحلال
الاكل الغير متأنس واختلّفوا فيما استوحش من الحيوان المتأنس فلم يقدر على أخذه ولا ذبحه
أو نحره فقال مالك لا يؤكل إلا أن ينحر من ذلك ما ذكاه النحر ويذبح ما ذكاه الذبح أو يفعل
به أحدهما إن كان مما يجوز فيه الامران جميعاً وقال أبو حنيفة والشافعي اذا لم يقدر على ذكاة
البعير الشارد فإنه يقتل كالصيد * وسبب اختلافهم معارضة الاصل في ذلك للخبر وذلك
أن الاصل في هذا الباب هو أن الحيوان الا نسي لا يؤكل إلا بالذبح أو النحر وأن الوحشي
يؤكل بالعتق. وأما الخبر المعارض لهذه الاصول فحديث رافع بن خديج وفيه قال فذكاه منها بعير
وكان في القوم خيل يسيرة فطلبوه فاعياهم فاهوى اليه رجل سهم فبسه الله تعالى به فقال النبي

عليه الصلاة والسلام: إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فمأند عليكم فاصنعوا به هكذا والقول بهذا الحديث أولى لصحته لأنه لا ينبغي أن يكون هذا مستثنى من ذلك الأصل مع أن لقائل أن يقول أنه جار مجرى الأصل في هذا الباب وذلك أن العلة في كون العترة كاة في بعض الحيوان ليس شيئاً أكثر من عدم القدرة عليه لأنه وحشى فقط فإذا وجد هذا المعنى من الانسي جاز أن تكون ذكاته ذكاة الوحشى فيتفق القياس والسمع .

﴿ الباب الثاني فيما يكون به الصيد ﴾

والأصل في هذا الباب آيتان وحديثان الآية الأولى قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا يلبسوا ثيابهم الله بشىء من الصيد تنالونه أيديكم ورمحكم » . والثانية قوله تعالى « قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين » الآية . وأما الحديثان، فأحدهما حديث عدى بن حاتم وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له : إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله عليهما فكل مما أمسكن عليك وإن أكل الكلب فلا تأكل فاني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه وإن خالطها كلاب غيره فلا تأكل فإنا سميت على كلبك ولم تسم على غيره وسأله عن المعراض فقال إذا أصاب بعرضه فلا تأكل فإنه وقيد وهذا الحديث هو أصل في أكثر ما في هذا الكتاب . والحديث الثاني حديث أبي ثعلبة الخشني وفيه من قوله عليه الصلاة والسلام : ما أصبت بقوسك فسم الله ثم كل وما صدت بكبك المعلم فاذكر اسم الله ثم كل وما صدت بكبك الذى ليس بمعلم وأدركت ذكاته فكل وهذا الحديثان اتفق أهل الصحيح على إخراجهما والآلات التى يصاد بهن منها ما اتفقوا عليها بالجملة ومنها ما اختلفوا فيها وفي صفاتها وهى ثلاث حيوان جارج . ومحدد . ومثقل . فاما المحدد فاتفقوا عليه كالرمح والسيوف والسهام للنص عليها في الكتاب والسنة وكذلك بما جرى مجراها مما يعقر ما عدا الأشياء التى اختلفوا في عملها في ذكاة الحيوان الانسي وهى السن والظفر والعظم وقد تقدم اختلافهم في ذلك فلا معنى لا عاداته . وأما المثقل فاختلفوا في الصيد به مثل الصيد بالمعراض والحجر فمن العلماء من لم يحزم من ذلك إلا ما أدركت ذكاته ومنهم من أجاز على الإطلاق ومنهم من فرق بين ما قتله المعراض أو الحجر بقتله أو بجده إذا خرق جسد الصيد فأجازه إذا خرق ولم يحزه إذا لم يخرق وبهذا القول قال مشاهير فقهاء الامصار الشافعى ومالك وأبو حنيفة وأحمد والثوري وغيرهم وهو راجع الى أنه لا ذكاة إلا بمحدد * وسبب اختلافهم

معارضة الاصول في هذا الباب بعضها بعضاً ومعارضة الاثر لها وذلك ان من الاصول في هذا الباب ان الوقيذ محرم بالكتاب والاجماع ومن اصوله ان العقر ذكاة الصيد فمن رأى ان ما قتل المعراض وقيد منته على الاطلاق ومن رآه عتراً مختصاً بالصيد وأن الوقيذ غير معتبر فيه أجازة على الاطلاق ومن فرق بين ما خرق من ذلك أو لم يخرق فمصيراً الى حديث عدي بن حاتم المتقدم وهو الصواب . وأما الحيوان الجارح فلا تنافى والاختلاف فيه منه متعلق بالنوع والشرط ومنه ما يتعلق بالشرط . فاما النوع الذي اتفقوا عليه فهو الكلاب ما عدا الكلب الاسود فانه كرهه قوم منهم الحسن البصري وابراهيم النخعي وقتادة وقال أحمد ما عرف أحد ايرخص فيه اذا كان بهما وبه قال اسحاق . وأما الجمهور فعلى اجازة صيده اذا كان معلماً * وسبب اختلافهم معارضة القياس للعموم وذلك ان عموم قوله تعالى «وما علمتم من الجوارح مكبّين» يقتضى تسوية جميع الكلاب في ذلك وأمره عليه الصلاة والسلام بقتل الكلب الاسود البهيم يقتضى في ذلك القياس ان لا يجوز اصطيداه على رأى من رأى أن النهي يدل على فساد المنهى عنه . وأما الذي اختلفوا فيه من أنواع الجوارح فباعداً الكلب ومن جوارح الطيور وحيواناتها الساعية فمنهم من أجاز جميعها اذا علمت حتى السنور كما قال ابن شعبان وهو مذهب مالك وأصحابه وبه قال فقهاء الامصار وهو مروي عن ابن عباس أعنى أن ما قبل التعليم من جميع الجوارح فهو آلة لذكاة الصيد وقال قوم لا اصطيد بجوارح ما عدا الكلب لا باز ولا صقر ولا غير ذلك الا ما أدركت ذكاته وهو قول مجاهد واستثنى بعضهم من الطيور الجارحة البازي فقط فقال يجوز صيده وحده * وسبب اختلافهم في هذا الباب شيان ، أحدهما قياس سائر الجوارح على الكلاب وذلك انه قد يظن أن النص انما ورد في الكلاب أعنى قوله تعالى «وما علمتم من الجوارح مكبّين» الا أن يتأول ان لفظة مكبّين مشتقة من كلب الجارح لا من لفظ الكلب ويدل على هذا عموم اسم الجوارح الذي في الآية فعلى هذا يكون سبب الاختلاف الاشتراك الذي في لفظة مكبّين ، والسبب الثاني هل من شرط الامساك الامساك على صاحبه أم لا وان كان من شرطه فهل يوجد في غير الكلب أو لا يوجد فمن قال لا يقاس سائر الجوارح على الكلاب وأن لفظة مكبّين هي مشتقة من اسم الكلب لا من اسم الكلب أو انه لا يوجد الامساك الا في الكلب أعنى على صاحبه وأن ذلك شرط قال لا يصاد بجوارح سوى الكلب ومن قاس على الكلب سائر الجوارح ولم يشترط في الامساك الامساك على صاحبه قال يجوز صيد سائر الجوارح اذا قبلت التعليم . وأما من

استثنى من ذلك البازي فقط فصير إلى ما روى عن عدي بن حاتم انه قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البازي فقال: ما أمسك عليك فكل خرجه الترمذي فهذه هي أسباب اتفاقهم واختلافهم في أنواع الجوارح . وأما الشروط المشتركة في الجوارح فان منها ما اتفقوا عليه وهو التعليم بالجملة لقوله تعالى « وما علمتم من الجوارح مكيبين » وقوله عليه الصلاة والسلام: اذا أرسلت كلبك المعلم واختلفوا في صفة التعليم وشرطه فقال قوم التعليم ثلاثة أصناف ، أحدها أن تدعو الجارح فيجيب والثاني أن تشليه فينشلي ، والثالث أن تزجره فيزدجر ولا خلاف بينهم في اشتراط هذه الثلاثة في الكلب وإنما اختلفوا في اشتراط الانزجار في سائر الجوارح واختلفوا أيضاً في هل من شرطه أن لا يأكل الجارح فمنهم من اشترطه على الاطلاق ومنهم من اشترطه في الكلب فقط وقول مالك ان هذه الشروط الثلاثة شرط في الكلاب وغيرها وقال ابن حبيب من أحماه ليس يشترط الانزجار فيما ليس يقبل ذلك من الجوارح مثل البزاة والصقور وهو مذهب مالك أعني انه ليس من شرط الجارح لا كلب ولا غيره أن لا يأكل واشترط بعضهم في الكلب ولم يشترطه فيما عداه من جوارح الطيور ومنهم من اشترطه كما قلنا في الكل والجمهر على جواز كل صيد البازي والصقر وان أكل لان ضررته انما تكون بالاكل فالخلاف في هذا الباب راجع الى موضعين: أحدهما هل من شرط التعليم أن ينزجر اذا زجر . والثاني هل من شرطه ألا يأكل * وسبب الخلاف في اشتراط الاكل أو عدمه شيان ، أحدهما اختلاف الآثار في ذلك . والثاني هل اذا أكل فهو ممسك أم لا فاما الآثار فنها حديث عدي بن حاتم المتقدم وفيه فان أكل فلا تأكل فاني أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه والحديث المعارض لهذا حديث أبي ثعلبة الخشني قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل قلت وان أكل منه يارسول الله قال وان أكل فمن جمع بين الحديثين بان حمل حديث عدي بن حاتم على الندب وهذا على الجواز قال ليس من شرطه ألا يأكل ومن رجح حديث عدي بن حاتم اذ هو حديث متفق عليه وحديث أبي ثعلبة يختلف فيه ولذلك لم يخرججه الشيخان البخاري ومسلم وقال من شرط الامساك أن لا يأكل بدليل الحديث المذكور قال ان أكل الصيد لم يؤكل وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد واسحاق والثوري وهو قول ابن عباس ورخص في أكل ما أكل الكلب كما قال مالك وسعيد بن مالك وابن عمر وسليمان وقالت المالكية المتأخرة انه ليس الاكل بدليل على انه لم يمسه لسيدته ولا الامساك لسيدته بشرط في الذكاة لان نية الكلب غير

معلومة وقد عيسك لسيدته ثم بيدوله فيمسك نفسه وهذا الذي قالوه خلاف النص في الحديث وخلاف ظاهر الكتاب وهو قوله تعالى «فكفوا عما أمسكن عليكم» واللامساك على سيد الكلب طريق تعرف به وهو العادة ولذلك قال عليه الصلاة والسلام فان أكل فلا تأكل فاني أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه . وأما اختلافهم في الازدجار فليس له سبب الاختلاف فهم في قياس سائر الجوارح في ذلك على الكلب لان الكلب الذي لا يزجر لا يسمى معلما باتفاق فاما سائر الجوارح اذا لم تنزجر هل تسمى معلمة أم لا ففيه التردد وهو سبب الخلاف

﴿ الباب الثالث ﴾

﴿ في معرفة الذكاة المختصة بالصيد وشروطها ﴾

واتفقوا على أن الذكاة المختصة بالصيد هي العقر واختلفو في شروطها اختلافا كثيرا وإذا اعتبرت أصولها التي هي أسباب الاختلاف سوى الشروط المشتركة في الآلة وفي الصائد وجدتها ثمانية شروط اثنان يشتركان في الذكاة أعني ذكاة المصيد وغير المصيد وهي النية والتسمية وستة تختص بهذه الذكاة ، أحدها انها لم تكن الآلة أو الجراح الذي أصاب الصيد قد تقدم قتاله فانه يجب ان يذكي بذكاة الحيوان الآسي اذا قدر عليه قبل ان يموت مما أصابه من الجراح او من الضرب واما ان كان قد انفذ مقتاله فليس يجب ذلك وان كان قد يستحب ، والثاني ان يكون الفعل الذي أصيب به الصيد مبدءا من الصائد لا من غيره أعني لا من الآلة كالحال في الحباله ولا من الجراح كالحال فيما يصيب الكلب الذي ينشلي من ذاته ، والثالث أن لا يشاركه في العقر من ليس عقده ذكاة ، والرابع أن لا يشك في عين الصيد الذي أصابه وذلك عند غيبته عن عينه ، والخامس أن لا يكون الصيد مقدورا عليه في وقت الارسال عليه ، والسادس أن لا يكون موته من رعب من الجراح أو بصدمة منه فهذه هي أصول الشروط التي من قبل اشتراطها أولا اشتراطها عرض الخلاف بين الفقهاء ووربما اتفقوا على وجوب بعض هذه الشروط ويختلفون في وجودها في نازلة نازلة كاتفاق المالكية على ان من شرط الفعل ان يكون مبدءا من الصائد واختلافهم اذا أقلت الجراح من يده او خرج بنفسه ثم أغراه هل يجوز ذلك الصيد أم لا لتردد هذه الحال بين ان يوجد لها هذا الشرط أولا يوجد كاتفاق أبي حنيفة ومالك على أن من شرطه اذا أدرك غير منفقذ المقاتل ان يذكي اذا قدر

عليه قبل أن يموت واختلافهم بين أن يتخلصه حياً فموت في يده قبل أن يتمكن من ذكائه فان
أباحنيصة منع هذا وأجاز مالك ورآه مثل الاول اعني اذا لم يقدر على تخليصه من الجارح حتى
مات لتردد هذه الحال بين ان يقال ادركه غير منفوذ المقاتل وفي غير يد الجارح فاشبهه المنقرط
أو لم يشبهه فلم يقع منه قتر يط واذ كانت هذه الشروط هي أصول الشروط المشترطة في الصيد
مع سائر الشروط المذكورة في الآلة والصائد نفسه على ماسيأني يجب ان يذكركم منها ما اتفقوا
منه عليه وما اختلفوا فيه واسباب الخلاف في ذلك وما يفتقر عنهما من مشهور مسائلهم فنقول .
اما التسمية والنية فقد تقدم الخلاف فيها وسببه في كتاب الذبايح ومن قبل اشتراط النية
في الذكاة لم يحز عند من اشتراطها اذا ارسل الجارح على صيد وأخذ آخر ذكاة ذلك الصيد
الذي لم يرسل عليه وبه قال مالك وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وابو ثور ذلك جائز ويؤكل
ومن قبل هذا أيضاً اختلف اصحاب مالك في الارسال على صيد غير مرئ كالذي يرسل على
ما في غيضة أو من وراء أكمة ولا يدري هل هنالك شيء أم لا لان القصد في هذا يشوبه شيء من
الجهل . واما الشرط الاول الخاص بذكاة الصيد من الشروط الستة التي ذكرناها وهو ان يعثر
الجارح له اذا لم ينفذ مقاتله انما يكون ذكاة اذا لم يدركه المرسل حياً فباشترطه قال جمهور
العلماء لما جاء في حديث عدي بن حاتم في بعض رواياته أنه قال عليه الصلاة والسلام : وان
أدركته حياً فأذبحه وكان النخعي يقول اذا أدركته حياً ولم يكن معك حديدة فأرسل عليه
الكلاب حتى تقتله وبه قال الحسن البصري مصيراً لعموم قوله تعالى « فكلوا مما أمسكن
عليكم » ومن قبل هذا الشرط قال مالك لا يتوانى المرسل في طلب الصيد فان توانى فأدركه ميتاً
فان كان منفوذ المقاتل بسهم حل أكله والا لم يحل من أجل انه لو لم يتوان لكان يمكن ان يدركه
حياً غير منفوذ المقاتل واما الشرط الثاني وهو ان يكون الفعل مبدؤاً من القانص ويكون متصلاً
حتى يصيب الصيد فمن قبل اختلافهم فيه اختلفوا فيما نصيبه الحباله والشبكة اذا أنفذت
المقاتل بمحدد فيها فنع ذلك مالك والشافعي والجمهور وخص فيه الحسن البصري ومن هذا
الاصل لم يحز مالك الصيد الذي ارسل عليه الجارح فتشاغل بشيء آخر ثم عاد اليه من قبل
نفسه . واما الشرط الثالث وهو أن لا يشاركه في العرة من ليس عقره ذكاة له فهو شرط مجمع
عليه فيما أذكر لانه لا يدري من قتله . وأما الشرط الرابع وهو أن لا يشك في عين الصيد ولا في
قتل جارحه له فمن قبل ذلك اختلفوا في أكل الصيد اذا غاب مصرعه فقال مالك مرة لا بأس
بأكل الصيد اذا غاب عنك مصرعه اذا وجدت به اثر آمن كليك أو كان به سهمك ما لم يبت فاذا

بات فاني أكرهه وبالكرهية قال الثوري وقال عبد الوهاب اذا بات الصيد من الجارح لم يؤكل
وفي السهم خلاف وقال ابن الماجشون يؤكل فيهما جميعا اذا وجد منفوذ المقاتل وقال مالك
في المدونة لا يؤكل فيهما جميعا اذا بات وان وجد منفوذ المقاتل . وقال الشافعي القياس أن لا
تأكله اذا غاب عنك مصرعه وقال ابو حنيفة اذا تورى الصيد والكب في طلبه فوجده المرسل
مقتولا جازأكله ما لم يترك الكب الطلب فان تركه كرهنا أكله * وسبب اختلاف فهم شيان
اثنان الشك العارض في عين الصيد او في ذكاته . والسبب الثاني اختلاف الآثار في هذا
الباب فروى مسلم والنسائي والترمذي وابوداود عن ابى ثعلبة عن النبي عليه الصلاة والسلام
في الذي يدرك صيده بعد ثلاث فقال : كل ما لم ينته وروى مسلم عن ابى ثعلبة أيضا عن النبي
عليه الصلاة والسلام قال : اذا رميت سهمك فغاب عنك مصرعه فكل ما لم ينته وفي حديث
عدي بن حاتم انه قال عليه الصلاة والسلام : اذا وجدت سهمك فيه ولم تجد فيه أثر سبع
وعلمت ان سهمك قتله فكل ومن هذا الباب اختلاف فهم في الصيد يصاب بالسهم أو يصيبه
الجارح فيسقط في ماء او تردي من مكان عال فقال مالك لا يؤكل لانه لا يدري من أى
الامر ين مات الا ان يكون السهم قد أهدم مقاتله ولا يشك ان منه مات . به قال الجمهور وقال ابو
حنيفة لا يؤكل ان وقع في ماء منفوذ المقاتل و يؤكل ان تردى وقال عطاء لا يؤكل أصلا اذا
أصابت المقاتل وقع في ماء او تردى من موضع عال لا مكان ان يكون زهوق نفسه من قبل
التردى او من الماء قبل زهوقها من قبل انقاذ المقاتل . واماموته من صدم الجارح له فان ابن
القاسم منعه قياسا على الممثل وأجازه اشهب لعموم قوله تعالى « فكلوا مما أمسكن عليكم » ولم
يختلف المذهب ان مامات من خوف الجارح انه غير ذكي . واما كونه في حين الارسال غير
مقدور عليه فانه شرط فيما علمت متفق عليه وذلك يوجد اذا كان الصيد مقنن ورأى على أخذه
باليد دون خوف أو غرأ ما من قبل انه قد نشب في شئ أو تعلق بشئ أو رماه احد فكسر
جناحه أو ساقه وفي هذا الباب فروع كثيرة من قبل تردد بعض الاحوال بين ان يوصف
فيها الصيد بأنه مقدور عليه او غير مقدور عليه مثل ان تضطره الكلاب فيقع في حفرة فتيل في
المذهب يؤكل وقيل لا يؤكل واختلفوا في صفة العقر اذا ضرب الصيد فابن منه عضو قتال
قوم يؤكل الصيد دون ما بان منه وقال قوم يؤكلان جميعا وفرق قوم بين ان يكون ذلك
العضو مقتلا او غير مقتل فقالوا ان كان مقتلا كلا جميعا وان كان غير مقتل أكل الصيد ولم
يؤكل العضو وهو معنى قول مالك والى هذا يرجع خلافهم في أن يكون القطع بنصفين او يكون

أحدهما أكبر من الثاني * وسبب اختلافهم معارضة قوله عليه الصلاة والسلام: ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة لعموم قوله تعالى « فكلوا مما أمسكن عليكم » ولعموم قوله تعالى « تناله أيديكم ورماحكم » فمن غلب حكم الصيد وهو العقر مطلقاً قال يؤكل الصيد والعضو المقتطوع من الصيد وحمل الحديث على الانسى ومن حمله على الوحشى والانسى معاً واستثنى من ذلك العموم بالحديث العضو المقتطوع فقال يؤكل الصيد دون العضو البائن ومن اعتبر في ذلك الحياة المستقرة اعنى في قوله وهي حية فرق بين أن يكون العضو مقتلاً او غير مقتل .

﴿ الباب الرابع ﴾

﴿ في شروط القانص ﴾

وشروط القانص هي شروط الذابح نفسه وقد تقدم ذلك في كتاب الذابح المتفق عليها والمختلف فيها ويخص الاصطيد في البر شرط زائد وهو أن لا يكون محرماً ولا خلاف في ذلك لقوله تعالى « وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرماً » فان اصطاد محرماً فهل يحل ذلك الصيد للحلال أم هو ميتة لا يحل لا حداً أصلاً اختلف فيه الفقهاء فذهب مالك الى أنه ميتة وذهب الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور الى أنه يجوز لغير المحرم أكله * وسبب اختلافهم هو الأصل المشهور وهو هل النهى يعود بفساد المنهى أم لا وذلك بمنزلة ذبح السارق والغاصب واختلفوا من هذا الباب في كلب الجوس المعلم فقال مالك الاصطيد به جائز فان المعتبر الصائد لا الآلة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وغيرهم وكرهه جابر بن عبد الله والحسن وعطاء ومجاهد والثوري لان الخطاب في قوله تعالى « وما علمتم من الجوارح مكلبين » متوجه نحو المؤمنين وهذا كاف بحسب المقصود من هذا الكتاب والله الموفق للصواب .

﴿ كتاب العقيقة ﴾

والقول المحيط باصول هذا الكتاب ينحصر في ستة أبواب ، الأول في معرفة حكمها ، والثاني في معرفة محلها ، الثالث في معرفة من يعق عنه وكيف يعق ، الرابع في معرفة وقت هذا النسك ، الخامس سن هذا النسك وصفته ، السادس حكم لحما وسائر أجزائها . فاما حكمها فذهب طائفة منهم الظاهرية الى انها واجبة وذهب الجمهور الى انها سنة وذهب أبو حنيفة الى

انها ليست فرضاً ولا سنة وقد قيل ان تحصيل مذهبه انها عنده تطوع * وسبب اختلاف فهم
تعارض مفهوم الآثار في هذا الباب وذلك ان ظاهر حديث سمرة وهو قول النبي عليه الصلاة
والسلام: قال كل غلام مرتهن بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويماط عنه الاذى يقتضى الوجوب
وظاهر قوله عليه الصلاة والسلام وقد سئل عن العقيقة فقال لا أحب العقوق ومن ولد له ولد
فاحب أن ينسك عن ولده فليفعل يقتضى النسب أو الاباحة فن فهم منه النذب قال العقيقة
سنة ومن فهم الاباحة قال ليست بسنة ولا فرض وخرج الحديثين أبو داود ومن أخذ
بحديث سمرة أوجبها . وأما محلها فان جمهور العلماء على انه لا يجوز في العقيقة الا ما يجوز في
الضحايا من الا زواج الثمانية . وأما مالكا فاختار فيها الضأن على مذهبه في الضحايا واختلف
قوله هل يحزى فيها الابل والبقر أولا يحزى وسائر الفقهاء على أصلهم أن الابل أفضل من
البقر والبقر أفضل من الغنم * وسبب اختلاف فهم تعارض الآثار في هذا الباب والقياس اما الأثر
فحديث ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم: علق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً
وقوله عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان خرجهما أبو داود . وأما القياس فلانها نسك
فوجب أن يكون الاعظم فيها أفضل قياساً على الهدايا . وأما من يعق عنه فان جمهورهم على انه
يعق عن الذكر والانثى الصغيرين فقط وهذا الحسن فقال لا يعق عن الجارية وأجاز بعضهم أن
يعق عن الكبير ودليل الجمهور على تعلقها بالصغير قوله عليه الصلاة والسلام: يوم سابعه
ودليل من خالف ما روى عن أنس ان النبي عليه الصلاة والسلام: علق عن نفسه بعدما
بعث بالنبوة ودليلهم أيضاً على تعلقها بالانثى قوله عليه الصلاة والسلام: عن الجارية شاة وعن
الغلام شاتان ودليل من اقتصر بها على الذكر قوله عليه الصلاة والسلام: كل غلام مرتهن
بعقيقته . وأما العدد فان الفقهاء اختلفوا أيضاً في ذلك فقال مالك يعق عن الذكر والانثى بشاة
شاة وقال الشافعي وأبو ثور وداود وأحمد يعق عن الجارية شاة وعن الغلام شاتان * وسبب
اختلاف فهم اختلاف الآثار في هذا الباب فمنها حديث أم كرز الكعبية خرجه أبو داود قال
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: في العقيقة عن الغلام شاتان مكافأتان وعن
الجارية شاة والمكافأتان المتماثلتان وهذا يقتضى الفرق في ذلك بين الذكر والانثى وما روى
انه علق عن الحسن والحسين كبشاً كبشاً يقتضى الاستواء بينهما . وأما وقت هذا النسك فان
جمهور العلماء على انه يوم سابع المولود ومالك لا يعد في الاسبوع اليوم الذي ولد فيه ان ولد نهار
او عبد الملك ابن الماجشون يحتسب به وقال ابن القاسم في العتبية ان علق لي لالم يحزوه واختلف

أصحاب مالك في مبدأ وقت الاجزاء قليل وقت الضحايا أعني نحي وقيل بعد التجري قياساً على قول مالك في الهدايا ولا شك أن من أجاز الضحايا ليلاً أجاز هذه ليلاً وقد قيل يجوز في السابع الثاني والثالث . وأما سن هذا النسك وصفته فسن الضحايا وصفته الجائزة أعني أنه يتقى فيها من العيوب ما يتقى في الضحايا ولا أعلم في هذا خلافاً في المذهب ولا خارجاً منه . وأما حكم لحمها وجلدها وسائر أجزائها فحكم لحم الضحايا في الكل والصدقة ومنع البيع وجميع العلماء على أنه كان يدمى رأس الطفل في الجاهلية بدمها وأنه نسخ في الإسلام وذلك لحديث بريدة الأسلمي قال كنا في الجاهلية إذا ولد لنا ولدنا غلاماً ذبح له شاة ولطخ رأسه بدمها فلما جاء الإسلام كنا ندبح ونحلق رأسه ونلطخه بزعفران وشذاً لحسن وقتادة فقال ليس رأس الصبي بقطعة قد غمست في الدم واستحب كسر عظامها ما كانوا في الجاهلية يقطعونها من المفاصل واختلف في حلاق رأس المولود يوم السابع والصدقة بوزن شعيرة فضة قليل هو مستحب وقيل هو غير مستحب والقولان عن مالك والاستحباب أجود وهو قول ابن حبيب لما رواه مالك في الموطأ أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حلفت شعر الحسن والحسين وزينب وأم كلثوم وتصدق بزنة ذلك فضة .

— كتاب الأطعمة والاشربة —

والكلام في أصول هذا الكتاب يتعلق بمجلتين ، الجملة الاولى نذكر فيها المحرمات في حال الاختيار ، الجملة الثانية ، نذكر فيها أحوالها في حال الاضطرار .

﴿الجملة الاولى﴾ والاغذية الانسانية نبات وحيوان . فاما الحيوان الذي يغذى به فإنه حلال في الشرع ومنه حرام وهذا منه برى ومنه بحرى والمحرمة منها ما تكون محرمة لعينها ومنها ما تكون لسبب وارد عليها وكل هذه منها ما تنفقوا عليه ومنها ما تختلفوا فيه . فاما المحرمة لسبب وارد عليها فهي بالجملة تسعة الميتهة والمنخنة والموقوذة والمستردة والنطيحة وما أكل السبع وكل ما تنقصه شرط من شروط التذكية من الحيوان الذي التذكية شرط في أكله والجلالة والطعام الحلال يخالطه نجيس . فاما الميتهة فاتفق العلماء على تحريم ميته البر واختلّفوا في ميته البحر على ثلاثة أقوال ، فقال قوم هي حلال باطلاق ، وقال قوم هي حرام باطلاق ، وقال قوم ما طفا من السمك حرام وما جزر عنه البحر فهو حلال * وسبب اختلافهم تمارض الآثار

في هذا الباب ومعارضة عموم الكتاب لبعضها معارضة كلية وموافقة لبعضها موافقة جزئية ومعارضة بعضها البعض معارضة جزئية فالعموم فهو قوله تعالى « حرمت عليكم الميتة » وأما الآثار المأخوذة لعموم معارضة كلية فحديثان الواحد مشتق عليه والآخر مختلف فيه . أما المتفق عليه فحديث جابر وفيه أن أحباب رسول الله صلى الله عليه وسلم وجدوا حوتاً يسمى الغنبر أو دابة قد جرز عنه البحر فأكلوا منه بضعة وعشرين يوماً أو شهران ثم قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبروه فقال هل معكم من لحم شيء فأرسلوا منه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكله وهذا إنما يعارض الكتاب معارضة كلية بفهمه لا بلفظه ، وأما الحديث الثاني المختلف فيه فمأخوذ مالك عن أبي هريرة أنه سئل عن ماء البحر فقال هو الطهور ماؤه الحل ميتته . وأما الحديث الموافق للعموم موافقة جزئية فمأخوذ عن اسماعيل بن أمية عن أبي الزبير عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام قال ما أتى البحر أو جرز عنه فكلوه وما طاف فلا تأكلوه وهو حديث أضعف عندهم من حديث مالك * وسبب ضعف حديث مالك أن في روايته من لا يعرف وأنه ورد من طريق واحد قال أبو عمر بن عبد البر بل رواه معروفون وقد ورد من طرق وسبب ضعف حديث جابر أن الثقات أوقفوه على جابر فمن رجح حديث جابر هذا على حديث أبي هريرة لشهادة عموم الكتاب لم يستثن من ذلك إلا ما جرز عنه البحر إذ لم يرد في ذلك تعارض ومن رجح حديث أبي هريرة قال بالإباحة مطلقاً . وأما من قال بالمنع مطلقاً فقصيرا إلى ترجيح عموم الكتاب وبالإباحة مطلقاً قال مالك والشافعي والمنع مطلقاً قال أبو حنيفة وقال قوم غير هؤلاء بالترقي . وأما الخمسة التي ذكر الله مع الميتة فلا خلاف أن حكمها عندهم حكم الميتة . وأما الجلالة وهي التي تأكل النجاسة فاختلّفوا في أكلها * وسبب اختلافهم معارضة القياس للآثار ما لا تفرق ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لحوم الجلالة والبانها أخرجه أبو داود عن ابن عمر . وأما القياس المعارض لهذا فهو أن ما يرد جوف الحيوان ينتقل إلى لحم ذلك الحيوان وسائر أجزائه فإذا قلنا أن لحم ذلك الحيوان حلال وجب أن يكون لما ينتقل من ذلك حكم ما ينتقل إليه وهو اللحم كما لو أكلت تراباً أو كآكل الدم لحماً والشافعي يحرم الجلالة وما لا يكرهها . وأما النجاسة فتخالط الحلال فلا يصل فيه الحديث المشهور من حديث أبي هريرة وميمونة أنه سئل عليه الصلاة والسلام عن البقرة تقع في السمن فقال إن كان جامداً فاطرحوها وما حولها وكوالبها وإن كان ذائباً فارقوه ولا ترقبوه وللعلماء في النجاسة تحالط المطعومات الحلال مذهبنا ،

أحدهما من يعتبر في التحريم المخالطة فقط وان لم يتغير للطعام لون ولا رائحة ولا طعم من قبل
التجاسة التي خالطته وهو المشهور والذي عليه الجمهور، والثاني مذهب من يعتبر في ذلك التغير
وهو قول أهل الظاهر ورواية عن مالك * وسبب اختلاف فهم اختلاف فهم في مفهوم الحديث
وذلك أن منهم من جعله من باب الخاص أر يده الخاص وهم أهل الظاهر فقالوا هذا الحديث
يعر على ظاهره وسائر الأشياء يعتبر فيها تغيرها بالتجاسة أولاً وتغيرها بها ومنهم من جعله من باب
الخاص أر يده العام وهم الجمهور فقالوا المفهوم منه ان بنفس مخالطة النجس ينجس الحلال
الا انه لم يتعلل لهم الفرق بين أن يكون جامداً أو ذائبا لوجود المخالطة في هاتين الحالتين وان كانت
في إحدى الحالتين أكثر أعنى في حالة الذوبان ويجب على هذا أن يفرق بين المخالطة القليلة
والكثيرة فلم لم يفرقوا بينهما فكانهم اقتصر وامن بعض الحديث على ظاهره ومن بعضه على
القياس عليه ولذلك أقرنه الظاهر به كله على ظاهره . وأما الحرمات لعينها فمنها ما انفقوا أيضاً عليه
ومنها ما اختلفوا فيه فأما المتفق منها عليه فاتفق المسلمون منها على اثنتين لحم الخنزير والدم فأما
الخنزير فاتفقوا على تحريم شحمه ولحمه وجلده واختلفوا في الانتفاع بشعره وفي طهارة جلده
مدبوغا وغير مدبوغ وقد تقدم ذلك في كتاب الطهارة . وأما الدم فاتفقوا على تحريم المسفوح منه
من الحيوان المذكي واختلفوا في غير المسفوح منه وكذلك اختلفوا في دم الحوت فمنهم من رآه
نجساً ومنهم من لم يرد نجساً والاختلاف في هذا كله موجود في مذهب مالك وخارجاً عنه *
وسبب اختلاف فهم في غير المسفوح معارضة الاطلاق للقياس وذلك ان قوله تعالى « حرمت
عليكم الميتة والدم » يقتضى تحريم مسفوح الدم وغيره وقوله تعالى « أو دماً مسفوحاً » يقتضى
بحسب دليل الخطاب تحريم المسفوح فقط فمن رد المطلق الى المقيد اشترط في التحريم السفوح
ومن رأى ان الاطلاق يقتضى حكماً زائداً على التقييد وان معارضة المقيد للمطلق انما هو من
باب دليل الخطاب والمطلق عام والعام أقوى من دليل الخطاب قضى بالمطلق على المقيد وقال
يحرم قليل الدم وكثيره والسفوح المشترك في حرمة الدم انما هو من دم الحيوان المذكي أعنى انه
الذى يسيل عن التذكية من الحيوان الحلال الاكل . وأما كل دم يسيل من الحيوان الحى
فقليله وكثيره حرام وكذلك الدم من الحيوان المحرم الاكل وان ذكى فقليله وكثيره حرام ولا
خلاف في هذا * وأما سبب اختلاف فهم في دم الحوت فمعارضة العموم للقياس أما العموم فتقوله
تعالى والدم . وأما القياس فيمكن أن يتوهم من كون الدم تابعاً في التحريم لميتة الحيوان أعنى ان
ما حرم ميتته حرم دمه وما حل ميتته حل دمه ولذلك رأى مالك ان ما لادم له فليس بميتة قال

التأخرى وقد تكلمنا في هذه المسئلة في كتاب الطهارة وبذكر انتفاء حديد يثأ في هذا مخصصاً
لعموم الدم وهو قوله عليه الصلاة والسلام: أحلت لنا ميتتان ودمان وهذا الحديث في غالب
ظني ليس هو في الكتب المشهورة من كتب الحديث . وأما الحرمات لعينها المختلف فيها
فأربعة، أحدها لحوم السباع من الطير ومن ذوات الأربع، والثاني ذوات الحافر الانسية،
والثالث لحوم الحيوان المأمور بقتله في الحرم : والرابع لحوم الحيوانات التي تعافها النفوس
وتستحبها بالطبع وحكي أبو حامد عن الشافعي أنه يحرم لحم الحيوان المنهي عن أكله قال
كالخطاف والنحل فيكون هذا جنساً خامساً من المختلف فيه .

وقام المسئلة الأولى وهي السباع ذوات الأربع فروى ابن القاسم عن مالك أنها
مكرهة وعلى هذا القول قول جمهور أصحابه وهو المنصور عندهم وذكر مالك في الموطأ
مادليله أنها عنده محرمة وذلك أنه قال بعقب حديث أبي هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام
أنه قال: أكل كل ذي ناب من السباع حرام وعلى ذلك الأمر عندنا وإلى تحريمها ذهب
الشافعي واشبه وأصحاب مالك وأبو حنيفة إلا أنهم اختلفوا في جنس السباع المحرمة فقال أبو
حنيفة كل ما أكل اللحم فهو سبع حتى النيل والضبع واليربوع عنده من السباع وكذلك
السنور وقال الشافعي يؤكل الضبع والثعلب وإنما السباع المحرمة التي تعدو على الناس
كالاسد والنمر والذئب وكلا القولين في المذهب وجمهورهم على أن القرد لا يؤكل ولا ينتفع
به وعند الشافعي أيضاً أن الكلب حرام لا ينتفع به لأنه فهم من النهي عن سؤره نجاسة عينه *
وسبب اختلافهم في تحريم لحوم السباع من ذوات الأربع معارضة الكتاب لا آثار
وذلك أن ظاهر قوله «قل لا أجد فيها أوحى إلى محرماً على طاعم يطعمه» الآية أن ما عدا المذكور
في هذه الآية حلال وظاهر حديث أبي ثعلبة الخشني أنه قال: نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن أكل كل ذي ناب من السباع أن السباع محرمة هكذا رواه البخاري ومسلم . وأما
مالك فخار وادى هذا المعنى من طريق أبي هريرة هو ابن في المعارضة وهو أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال: أكل كل ذي ناب من السباع حرام وذلك أن الحديث الأول قد يمكن الجمع
بينه وبين الآية بأن يحمل النهي المذكور فيه على الكراهية . وأما حديث أبي هريرة فليس يمكن
الجمع بينهما وبين الآية إلا أن يعتقد أنه ناسخ للآية عند من رأى أن الزيادة نسخ وإن القرآن ينسخ
بالسنة المتواترة فمن جمع بين حديث أبي ثعلبة والآية حمل حديث لحوم السباع على الكراهية
ومن رأى أن حديث أبي هريرة يتضمن زيادة على ما في الآية حرم لحوم السباع ومن اعتمد

ان الضبيع والثعلب محرمان فاستدل لا بعموم لفظ السباع ومن خصص من ذلك العادية
فصير أماروى عبد الرحمن بن عمار قال سألت جابر بن عبد الله عن الضبيع أكلها قال نعم
قلت أصيدى قال نعم قلت فأنتم سمعت ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وهذا
الحديث وان كان انشد به عبد الرحمن فهو ثقة عند جماعة أئمة الحديث ولما ثبت من اقراره
عليه الصلاة والسلام على اكل الضب بين يديه واما سباع الطير فالجمهور على انها حلال
لمكان الآية المتكررة وحرما قوم لما جاء في حديث ابن عباس أنه قال بهى رسول الله صلى
الله عليه وسلم عن اكل كل ذى ناب من السباع وكل مخلب من الطير الا ان هذا الحديث لم
يخرجه الشيخان وانما ذكره أبو داود

وَأَمَّا الْمَسْئَلَةُ الثَّانِيَّةُ ۖ وَهِيَ اخْتِلَافُهُمْ فِي ذَوَاتِ الْخَافِرِ الْأَنْسَى أَعْنَى الْخَيْلِ وَالْبَعَالِ وَالْحَمِيرِ
فإن جمهور العلماء على تحريم لحوم الحمير الا سمية الا ماروى عن ابن عباس وعائشة انهما كانا
يبيحانها وعن مالك انه كان يكرهها ورواية ثانية مثل قول الجمهور وكذلك الجمهور على تحريم
البعال وقوم كرهوها ولم يحرموها وحرموى عن مالك . وأما الخيل فذهب مالك وأبو حنيفة
وجماعة الى انها محرمة وذهب الشافعى وأبو يوسف ومحمد وجماعة الى اباحتها * والسبب في
اختلافهم في الحمير الا سمية معارضة الآية المذكورة للحديث الثابتة في ذلك من حديث
جابر وغيره قال نبى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمير الا هالية واذن في
لحوم الخيل فن جمع بين الآية وهذا الحديث حملها على الكراهية ومن رأى النسخ قال بتحريم
الحمير أو قال بالزيادة دون ان يوجب عنده نسخا وقد احتج من لم يرتحمير بما روى عن أبى
اسحق الشيبانى عن ابن أبى أوفى قال أصبنا حمرا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بخير
وطبخناها فنادى منادى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اكفؤا القدر بما فيها قال ابن اسحق
فذكرت ذلك لسعيد بن جبيرة فقال انما بهى عنها لانها كانت تأكل الجلالة . وأما اختلافهم في
البعال فبسببه معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى « والخيل والبعال والحمير لتركبوها وزينة »
وقوله مع ذلك في الانعام لتركبوها ومنها ما تأكلون الآية الحاصرة للمحرمات لانه يدل مفهوم
الخطاب فيها ان المباح في البغال انما هو الركب مع قياس البغل أيضا على الحمير * وأما
سبب اختلافهم في الخيل فمعارضة دليل الخطاب في هذه الآية لحديث جابر ومعارضة قياس
الفرس على البغل والحمير لكنه اباحه لحم الخيل نص في حديث جابر فلا ينعى ان يعارض
بقياس ولا بدليل خطاب .

وأما المسئلة الثالثة * وهي اختلافهم في الحيوان المأمور بقتله في الحرم وهي الخمس المنصوص عليها الغراب والحدأة والعقرب والقارة والكلب العقور فان قوماً فهم وأمن الاسر بالتل لها مع التنبه عن قتل البهائم المباحة الا كل أن العلة في ذلك هو كونها محرمة وهو مذهب الشافعي وقوماً فهم وأمن ذلك معنى التعدي لا معنى التحريم وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وجمهور أصحابهما. وأما الجنس الرابع وهو الذي تستخبثه النفوس كالخشرات والضفادع والسرطانات والسلحفات وما في معناها فان الشافعي حرمها وأباحها الغير ومنهم من كرها قطع * وسبب اختلافهم في مفهوم ما ينطلق عليه اسم الخبائث في قوله تعالى «ويحرم عليهم الخبائث» فن رأى انها المحرمات بنص الشرع لم يحرم من ذلك ما تستخبثه النفوس مما لم يرد فيه نص ومن رأى ان الخبائث هي ما تستخبثه النفوس قال هي محرمة. وأما ما حكاه أبو حامد عن الشافعي في تحريمه الحيوان المنهي عن قتله كالخطاف زعم والنحل فاني فاني لست أدري أين وقعت الآثار الواردة في ذلك ولعلها في غير الكتب المشهورة عندنا. وأما الحيوان البحري فان العلماء أجمعوا على تحليل ما لم يكن منه موافقاً بالاسم لحيوان في البر محرم فقل مالك لا بأس بأكل جميع حيوان البحر الا انه كره خنزير الماء وقال أتم تسمونه خنزيراً وبه قال ابن أبي ليلى والا وزاعى ومجاهد وجمهور العلماء الا ان منهم من يشترط في غير السمك التذكية وقد تقدم ذلك وقال الليث بن سعد أما انسان الماء وخنزير الماء فلا يؤكلان على شئ من الحالات * وسبب اختلافهم هو دل يتناول لغة أو شرعاً اسم الخنزير ولا انسان خنزير الماء وانسانه وعلى هذا يجب ان يتطرق الكلام الى كل حيوان في البحر مشارك بالاسم في اللغة أو في العرف لحيوان محرم في البر مثل الكلب عند من يرى تحريمه والنظر في هذه المسئلة يرجع الى أمرين ، أحدهما هل هذه الاسماء لغوية ، والثاني هل للاسم المشترك عموم أم ليس له فان انسان الماء وخنزيره يقالان مع خنزير البر وانسانه باشتراك الاسم فمن سلم أن هذه الاسماء لغوية ورأى أن الاسم المشترك عموماً لزمه ان يقول بتحريمها ولذلك توقف مالك في ذلك وقال أتم تسمونه خنزيراً فهذه حال الحيوان المحرم الا كل في الشرع والحيوان المباح الاكل. وأما النبات الذي هو غذاء فكله حلال الا الخمر وسائر الانبذة المتخذة من العصارات التي تتخمر ومن العسل نفسه أما الخمر فانهم اتفقوا على تحريم قليلها وكثيرها أعني التي هي من عصير العنب وأما الانبذة فانهم اختلفوا في القليل منها الذي لا يسكر وأجمعوا على أن السكر منها حرام فقال جمهور فقهاء الحجاز وجمهور محدثين قليل الانبذة وكثيرها المسكرة حرام وقال العراقيون ابراهيم النخعي من التابعين وسفيان الثوري وابن أبي ليلى وشريك وابن شبرمة وأبو حنيفة

وسائر فقهاء الكوفيين وأكثر علماء البصريين أن الحرام من سائر الانبذة المسكرة هو السكر
تسبب لا العين . وسبب اختلافهم تعارض الآثار والاقيسة في هذا الباب فله حجازيين
في تثبيت مذهبهم طريقتان ، الطريقة الاولى الآثار التي تمسك بها أهل الحجاز ما رواه مالك عن ابن
شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة أنها قالت سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن البتع وعن نبيذ العسل فقال كل شراب أسكر فم حرام خرجه البخاري وقال يحيى بن
معين هذا أصح حديث روى عن النبي عليه الصلاة والسلام في تحريم المسكر ومنها أيضاً
ما خرجه مسلم عن ابن عمر أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : كل مسكر خمر وكل خمر حرام
فهذان حديثان صحيحان . أما الاول فاتفق الكل عليه . وأما الثاني فافتردت بصحيحه مسلم
وخرج الترمذي وأبو داود والنسائي عن جابر بن عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال ما أسكر كثيره فقليله حرام وهو يصح في موضع الخلاف . وأما الاستدلال الثاني من أن
الانبذة كلها تسمى خمرأ فلهم في ذلك طريقتان ، إحداهما من جهة اثبات الاسماء بطريق
الاشتقاق ، والثاني من جهة السماع . فاما التي من جهة الاشتقاق فانهم قالوا انه معلوم عند أهل
اللغة أن الخمر إنما سميت خمرأ لمخامرتها العقل فوجب لذلك ان ينطلق اسم الخمر لغة على كل
ما خامر العقل وهذه الطريقة من اثبات الاسماء فيها اختلاف بين الأصوليين وهي غير مرضية
عند الخراسانيين . وأما الطريقة الثانية التي من جهة السماع فانهم قالوا انه وان لم يسلم لنا ان
الانبذة تسمى في اللغة خمرأ فانها تسمى خمرأ شرعاً واحتجوا في ذلك بحديث ابن عمر المتقدم
وبما روى أيضاً عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الخمر من هاتين
الشجرتين النخلة والعنب وما روى أيضاً عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان
من العنب خمرأ وان من العسل خمرأ ومن الزيت خمرأ ومن الخنطة خمرأ وأنا انما كم عن كل
مسكر فهذه هي عمدة الحجازيين في تحريم الانبذة . وأما الكوفيون فانهم تمسكوا لمذهبهم بظاهر
قوله تعالى « ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرأ ورزقأ حسناً » وبآثار
رووها في هذا الباب وبالقياس المعنوي . أما احتجاجهم بالآية فانهم قالوا السكر هو المسكر ولو
كان محرم العين لما سماه الله رزقأ حسناً . وأما الآثار التي اعتمدوها في هذا الباب فمن أشهرها
عندهم حديث أبي عون الثقفي عن عبد الله بن شدداد عن ابن عباس عن النبي عليه الصلاة
والسلام قال : حرمت الخمر لعينها والسكر من غيرها قالوا وهذا نص لا يحقل التأويل وضعفه

أهل الحجاز لان بعض رواه روى والمسكر من غيرها ومنها حديث شريك عن سالك بن حرب
باسناده عن أبي بردة بن دينار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اني كنت نهيتكم عن
الشراب في الاوعية فاشربوا قبابدا لكم ولا تسكر واخرجها الطحاوي وروى واغن ابن
مسعود انه قال شهدت تحريم النبي كما شهدت ثم شهدت تحليله فحفظت ونسيت وروى واغن
أبي موسى قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا ومعاذاً الى اليمن فقلنا يا رسول الله ان بها
شرايين يصنعان من البر والشعر، أحدهما يقال له المز، والاخر يقال له البع فما شرب فقال
عليه الصلاة والسلام اشربوا ولا تسكروا اخرج الطحاوي أيضا الى غير ذلك من الآثار التي
ذكرها في هذا الباب. وأما احتجاجهم من جهة النظر فانهم قالوا قد نص القرآن أن علة
التحريم في الخمر انما هي الصدع ذكر الله ووقوع العداوة والبغضاء كما قال تعالى «انما
يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن
الصلاة» وهذه العلة توجد في القدر المسكر لا فيما دون ذلك فوجب ان يكون ذلك القدر هو
الحرام الا ما انعقد عليه الاجماع من تحريم قليل الخمر وكثيرها قالوا وهذا النوع من القياس
يلحق بالنص وهو القياس الذي ينهى الشرع على العلة فيه وقال المتأخرون من أهل النظر حجة
الحجاز بين طريق السمع أقوى وحجة العراقيين من طريق القياس أظهر واذا كان هذا كما
قالوا فيرجع الخلاف الى اختلافهم في تغليب الاثر على القياس أو تغليب القياس على الاثر اذا
تعارضوا هي مسألة مختلف فيها لكن الحق أن الاثر اذا كان نصاً ثابتاً قالوا يجب أن يغلب على
القياس. وأما اذا كان ظاهر اللفظ محتملاً للتأويل فهنا يتردد النظر هل يجمع بينهما بان يتناول
اللفظ أو يغلب ظاهر اللفظ على مقتضى القياس وذلك مختلف بحسب قوة لفظ من الالفاظ
الظاهرة وقوة قياس من التباسات التي تقابلها ولا يدرك الفرق بينهما الا بالذوق العقلي كما يدرك
الموزون من الكلام من غير الموزون وربما كان الذوقان على التساوي ولذلك كثرت
الاختلاف في هذا النوع حتى قال كثير من الناس كل مجتهد مصيب قال القاضي والذي يظهر
لي والله أعلم أن قوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر حرام وان كان محتمل أن يراد به القدر
المسكر لا الجنس المسكر فان ظهوره في تعليق التحريم بالجنس أغلب على الظن من تعليقه بالتدريج
لمكان معارضة ذلك القياس له على ما تأوله الكوفيون فانه لا يبعد أن يحرم الشارع قليل المسكر
وكثيره سد الذريعة وتعليظاً مع أن الضرر انما يوجد في الكثير وقد ثبت من حال الشرع
بالاجماع انه اعتبر في الخمر الجنس دون القدر فوجب كل ما وجدت فيه علة الخمر ان يلحق بالخمر

وان يكون على من زعم وجود الفرق اقامة الدليل على ذلك هذا ان لم يسلموا لنا صحة قوله عليه الصلاة والسلام: ما أسكر كثيره فقليله حرام فانهم ان سلموه لم يجدوا عنه انفسا كافاه نص في موضع الخلاف ولا يصح ان تعارض النصوص بالمقاييس وأيضا فان الشرع قد اخبر ان في الخمر مضرة ومنفعة فقال تعالى «قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس» وكان القياس اذا قصد الجمع بين انتفاء المضرة ووجود المنفعة ان يحرم كثيرها ويحل قليلها فلما غلب الشرع حكم المضرة على المنفعة في الخمر ومنع القليل منها والكثير وجب ان يكون الامر كذلك في كل ما يوجد فيه علة تحريم الخمر إلا ان ثبت في ذلك فارق شرعي وانفقوا على أن الانتباد حلال ما لم تحدث فيه الشدة المطربة للخمرية لقوله عليه الصلاة والسلام: فانتبذوا وكل مسكر حرام ولما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه كان ينتبذ وانه كان يرقه في اليوم الثاني أو الثالث واختلفوا من ذلك في مسثلتين ، إحداهما في الاواني التي ينتبذ فيها ، والثانية في انتباد شيئين مثل البسر والرطب والتمر والزبيب

﴿فاما المسئلة الاولى﴾ فانهم أجمعوا على جواز الانتباد في الاسقية واختلفوا فيما سواها فروى ابن القاسم عن مالك انه كره الانتباد في الدباء والمزفت ولم يكره غير ذلك وكره الثوري الانتباد في الدباء والحتم والتقير والمزفت وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس بالانتباد في جميع الظروف والاواني * وسبب اختلافهم اختلاف الآثار في هذا الباب وذلك انه ورد من طريق ابن عباس النهي عن الانتباد في الاربع التي كرهها الثوري وهو حديث ثابت وروى مالك عن ابن عمر في الموطأ أن النبي عليه الصلاة والسلام: نهى عن الانتباد في الدباء والمزفت وجاء في حديث جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام من طريق شريك عن سمك انه قال كنت نهيتكم أن تنبذوا في الدباء والحتم والتقير والمزفت فانتبذوا ولا أحل مسكراً وحديث أبي سعيد الخدري الذي رواه مالك في الموطأ وهو انه عليه الصلاة والسلام قال : كنت نهيتكم عن الانتباد فانتبذوا وكل مسكر حرام فن رأى أن النهي المتقدم الذي نسخ انما كان نهياً عن الانتباد في هذه الاواني اذا لم يعلم ههنا نهى بتقديم غير ذلك قال يجوز الانتباد في كل شئ ومن قال إن النهي المتقدم الذي نسخ انما كان نهياً عن الانتباد مطلقا قال بقي النهي عن الانتباد في هذه الاواني فن اعتمد في ذلك حديث ابن عمر قال بالانتباد في الدباء والمزفت والمعارض بينهما وبين حديث ابن عمر انما هي من باب دليل الخطاب وفي كتاب مسلم النهي عن الانتباد في الحتم

وفيه انه رخص لهم فيه إذا كان غير منفتحة .

(وأما المسئلة الثانية) وهي ابتداء الخليطين فان الجمهور قالوا بتحريم الخليطين من الاشياء التي من شأنها أن تقبل الابتداء وقال قوم بل لا تتبادمكروه وقال قوم هو مباح وقال قوم كل خليطين فهم محرام وان لم يكونا مما يقبلان الابتداء فاما أحسب الان * والسبب في اختلاف ترددهم في هل النهي الوارد في ذلك هو على الكراهية أو على الحظر وإذا قلنا انه على الحظر فهل يدا على فساد المنهي عنه أم لا وذلك انه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن أن يخالط التمر والزبيب والزهو والرطب والبسر والزبيب وفي بعضها انه قال عليه الصلاة والسلام لا تتبذوه الزهو والزبيب جميعاً ولا التمر والزبيب جميعاً وانتبذوا كل واحد منهما على حدة فيخرج في ذلك بحسب التأويل الا قويل الثلاثة ، قول تحريمه ، وقول بتحليله مع الاثم في الابتداء وقول بكراهية ذلك . وأما من قال انه مباح فلعله اعتمد في ذلك عموم الاثر بالابتداء في حديث أبي سعيد الخدري . وأما من منع كل خليطين فاما ان يكون ذهب الى ان علة المنع هو الاختلاف لا ما يحدث عن الاختلاط من الشدة في التبيذ . وأما أن يكون قد تمسك بعموم ما ورد انه نهى عن الخليطين وأجمعوا على أن الخمر اذا تخالطت من ذاتها جازاً كلها واختلفوا اذا قصد تحليلها على ثلاثة أقوال التحريم والكراهية والاباحة * وسبب اختلاف فهم معارضة القياس لر واختلاف فهم في مفهوم الاثر وذلك ان أبا داود خرج من حديث أنس بن مالك ان أبا طلحة سأل النبي عليه السلام عن أيتام ورثوا خمر أقال : أهرقها قال أفلا أجعلها خلاً قال لا فن فهم من أن سدد رخصة حمل ذلك على الكراهية ومن فهم النهي لغير علة قال بالتحريم ويخرج على هذا أن لا تحريم أيضاً على مذهب من يرى أن النهي لا يعود بفساد المنهي والقياس المعارض لحمل الخمر على التحريم انه قد علم من ضرورة الشرع ان الاحكام المختلفة انما هي للذوات المختلفة وأما الخمر غير ذات الخلل والخل باجماع حلال فاذا انتقلت ذات الخمر الى ذات الخلل وجب أن يكون حلالاً كيف ما انتقل .

(الجملة الثانية في استعمال المحرمات في حال الاضطرار) والاصل في هذا الباب قول تعالى «وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه» والنظر في هذا الباب في السبب الحلال وفي جنس الشيء المحلل وفي مقداره فاما السبب فهو ضرورة التغذية أعني اذا لم يجد شيئاً حلالاً يتغذى به وهو لا خلاف فيه وأما السبب الثاني طلب البرء وهذا يختلف فيه فنأجازه . باباحة النبي عليه الصلاة والسلام الحرير لعبد الرحمن بن عوف لمكان حكة به ومن منعه فاقترن

عليه نصرة والسلام ان الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليها وأما جنس الشيء المستباح فهو كل شيء محرم مثل الميتة وغيرها والاختلاف في الحمر عندهم هو من قبل انداوس بها لا من قبل استعماله في التغذية ولذلك أجازوا للعطشان أن يشربها ان كان منه أرى وللشرق أن يزيل شرقيها وأما مقدار ما يؤكل من الميتة وغيرها فان مالكا قال حدد ذلك الشيع والنزود منها حتى يتجدد غيرها وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يأكل منها الا ما يسك الرميق وبد قال بعض أصحاب مالك « وسبب الاختلاف هل المباح له في حال الاضطرار هو جميعها أم ما يسك الرميق فقط والظاهر انه جميعها لقوله تعالى « فمن اضطر غير باع ولا عاد » وانفق مالك والشافعي على انه لا يخل للمضطرأكل الميتة اذا كان عاصياً بسفره لقوله تعالى « غير باع ولا عاد » وذهب غيره الى جواز ذلك

تم الجزء الاول ويليهِ الجزء الثاني واوله كتاب النكاح ﴿



الجزء الثاني

(من كتاب)

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للإمام ابن رشد

صحيحة

- | | | |
|----|--|----|
| ٠٠ | كتاب النكاح : وفيه خمسة أبواب | ٠٠ |
| ٠٠ | (الباب الاول في مقدمات النكاح وفيه أربع مسائل) | ٠٠ |
| ٠٠ | المسألة الاول في حكم النكاح | ٠٠ |
| ٣ | » الثانية في خطبة النكاح | ٣ |
| ٣ | » الثالثة في حكم الخطبة على الخطبة | ٣ |
| ٣ | » الرابعة في حكم النظر الى المخطوبة | ٣ |
| ٣ | الباب الثاني في موجبات صحة النكاح : وينقسم الى ثلاثة أركان | ٣ |
| ٣ | الركن الاول في الكيفية : والنظر فيه في مواضع | ٣ |
| ٣ | الموضع الاول الاذن في النكاح | ٣ |
| ٤ | الموضع الثاني فبين المعتبر قبوله في صحة العقد | ٤ |
| ٦ | الموضع الثالث هل يجوز عقد النكاح على الخیار أم لا | ٦ |
| ٧ | الركن الثاني في شروط العقد : وفيه فصول | ٧ |
| ٧ | (الفصل الاول) في الاولياء : والنظر فيه في أربع مواضع | ٧ |
| ٧ | الموضع الاول في ان الولاية هل هي شرط في صحة النكاح أم لا | ٧ |

- ١٠ الموضوع الثاني في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها
- ١٠ الموضوع الثالث في اصناف الولاية عند القائلين بها
- ١١ مطلب في سبب اختلافهم في الجد وفيه مسائل
- ١١ المسئلة الاولى في حكم الابعدمع الاقرب
- ١٢ » الثانية في غياب الولي الاقرب
- ١٢ » الثالثة في حكم غيبة الاب عن ابنته المبكر
- ١٣ الموضوع الرابع في عضل الاولياء
- ١٤ الفصل الثاني في الشهادة
- ١٥ الفصل الثالث: في الصداق وفيه مواضع
- ١٥ الموضوع الاول في حكمه وأركانه: وفيه أربع مسائل
- ١٥ المسئلة الاولى في حكمه
- ١٥ المسئلة الثانية في قدره
- ١٧ » الثالثة في جنسه
- ١٨ الموضوع الثاني في تقرر جميعه للزوجة
- ١٩ » الثالث في تشطيره
- ٢١ » الرابع في التفويض: وفيه مسثلان
- ٢٢ المسئلة الاولى فيما اذا اطلبت المرأة ان يفرض لها الصداق
- ٢٢ المسئلة الثانية فيما اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق
- ٢٣ الموضوع الخامس في الاصدقة الفاسدة: وفيه خمس مسائل
- ٢٣ المسئلة الاولى فيما اذا كان الصداق خمرًا الخ
- ٢٣ » الثانية فيما اذا اقترن بالمهر بيع
- ٢٣ » الثالثة فيما اذا اشترط في الصداق حباء الاب
- ٢٤ » الرابعة في الصداق يستحق أو يوجد به عيب
- ٢٤ » الخامسة في الرجل يشترط على نفسه في الصداق
- ٢٥ الموضوع السادس في اختلاف الزوجية في الصداق

٢٦	الركن الثالث في معرفة مُحِلِّ العقد : وفيه أربعة عشر فصلا
٢٧	(الفصل الاول) في مانع النسب
٢٧	(الفصل الثاني) مانع المصاهرة : وفيه أربع مسائل
٢٨	المسئلة الاولى في بنت الزوجة
٢٨	» الثانية فيما تحرم به بنت الزوجة
٢٨	» الثالثة في حكم الام المعقود على بنتها
٢٩	» الرابعة في ان هل الزنا موجب للتحريم كالوطء في نكاح أم لا
٢٩	(الفصل الثالث) في مانع الرضاع : وفيه تسعة مسائل
٢٩	المسئلة الاولى في المقدار المحرم من اللبن
٣٠	» الثانية في رضاع الكبير
٣١	» الثالثة في المولود يقطم قبل الحولين ثم ترضعه امرأة
٣١	» الرابعة في حكم ما يصل الى الخلق من غير رضاع
٣١	» الخامسة في اللبن المحرم اذا استهلك في ماء أو غيره
٣٢	» السادسة هل يعتبر في ذلك الوصول الى الخلق أم لا
٣٢	» السابعة هل يصير الرجل الذي له اللبن أباً للمرضع حتى يحرم به ما يحرم من النسب أم لا
٣٢	المسئلة الثامنة في الشهادة على الرضاع
٣٣	» التاسعة في صفة الرضاع
٣٣	(الفصل الرابع) في مانع الزنا
٣٤	» الخامس في مانع العدد
٣٤	» السادس في مانع الجمع
٣٥	» السابع في موانع الرق
٣٦	» الثامن في مانع الكفر
٣٨	» التاسع في مانع الاحرام
٣٨	» العاشر في مانع المرض

صحيفة	
٣٩	» الحادى عشر فى مانع العدة
٤٠	» الثانى عشر فى مانع الزوجية : وفيه مسئلتان
٤٠	المسئلة الاولى فيما اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أختان
٤١	المسئلة الثانية فيما اذا أسلم أحدهما قبل الآخر
٤١	(الباب الثالث) فى موجبات الخيار فى النكاح : وفيه أربعة فصول
٤٢	(الفصل الاول) فى خيار العيوب
٤٣	» الثانى فى خيار الأعراس بالصداق والنفقة
٤٣	» الثالث فى خيار العقد
٤٤	» الرابع فى خيار العتق
٤٥	(الباب الرابع) فى حقوق الزوجية
٤٧	(الباب الخامس) فى الانكحة المنهى عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها
٤٧	مطلب الانكحة المنهى عنها أربعة الاول منها نكاح الشفار
٤٨	الثانى نكاح المتعة
٤٨	الثالث نكاح الخطبة على الخطبة
٤٨	الرابع نكاح المحلل
٤٨	مطلب فى الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع
٤٩	مطلب فى حكم الانكحة الفاسدة اذا وقعت
٥٠	كتاب الطلاق ويُنحصر فى أربع جمل
٥٠	الجملة الاولى فى أنواع الطلاق وفيه خمسة أبواب
٥٠	(الباب الاول) فى ان الطلاق بائن ورجعى : وفيه ثلاث مسائل
٥٠	المسئلة الاولى فى حكم الطلاق بلفظ الثلاث
٥١	» الثانية فى اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق
٥٢	» الثالثة فى كون الرق مؤثرا فى نقصان عدد الطلاق
٥٢	(الباب الثانى) فى معرفة الطلاق السنى من البدعى : وفيه ثلاث مواضع
٥٢	الموضع الاول هل من شرطه ان لا يتبعها طلاق فى العدة

- ٥٣ الموضوع الثاني هل المطلق بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا
- ٥٣ الموضوع الثالث في حكم من طلق وقت الحيض : وفي هذا الموضوع أربع مسائل
- ٥٣ المسئلة الاولى هل يقع هذا الطلاق أم لا
- ٥٤ » الثانية ان وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط
- ٥٤ » الثالثة متى يوقع الطلاق بعد الاجبار أو الندب
- ٥٤ » الرابعة متى يقع الاجبار
- ٥٥ (الباب الثالث) في الخلع وفيه أربعة فصول
- ٥٥ (الفصل الاول) في جواز وقوعه
- ٥٥ (الفصل الثاني) في شرط جواز وقوعه : وفيه أربع مسائل
- ٥٦ المسئلة الاولى في مقدار ما يجوز ان تحتل به
- ٥٦ » الثانية في صفة العوض
- ٥٦ » الثالثة فيما يرجع الى الجال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز
- ٥٦ » الرابعة فمن يجوز له الخلع ومن لا يجوز له
- ٥٧ (الفصل الثالث) في نوع الخلع أعني هل هو طلاق أو فسخ
- ٥٨ (الفصل الرابع) فيما يلحق الخلع من الاحكام
- ٥٨ (الباب الرابع) في تمييز الطلاق من الخلع
- ٥٩ (الباب الخامس) في التخيير والتملك
- ٦١ الجملة الثانية في أركان الطلاق : وفي هذه الجملة ثلاث أبواب
- ٦١ (الباب الاول) في ألفاظ الطلاق وشروطه وفيه فصلان
- ٦١ (الفصل الاول) في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة
- ٦١ مطلب فاما اختلافهم في احكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسثلتان
- ٦٢ المسئلة الاولى ما اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة عليها
- ٦٢ » الثانية ما اختلفوا فيه وحكاية اختلافهم
- ٦٥ (الفصل الثاني) في أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة
- ٦٧ (الباب الثاني) في تفصيل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز
- ٦٩ (الباب الثالث) فمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق
- ٧٠ الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق وفي هذه الجملة بابان

٧٠ (الباب الاول) في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي

٧١ (الباب الثاني) في أحكام الارجاع في الطلاق البائن

٧٢ الجملة الرابعة في أحكام المطلقات وفيها بيان

٧٣ (الباب الاول) في العدة وفيه فصلين

٧٣ (الفصل الاول) في عدة الزوجات وينقسم الى نوعين

٧٣ النوع الاول في معرفة العدة

٧٧ مطلب وامام الزوجات غير الحرائر (١)

٧٨ النوع الثاني في معرفة أحكام العدة

٧٨ مطلب في الكلام على عدة الموت

٧٩ مطلب في الحامل يتوفى عنها زوجها

٨٠ الباب الثاني في المتعة

٨١ باب في بيعت الحكمين

٨٢ ﴿ كتاب الایلاء : وفيه عشرة مسائل ﴾

٨٣ المسئلة الاولى في اختلافهم هل تطاق المرأة باقضاء الاربعة اشهر المضروبة بالنص

للمولى أم لا

المسئلة الثانية في اليمين التي يكون بها الایلاء

» الثالثة في حقوق حكم الایلاء للزوج اذا ترك الوطء

» الرابعة في مدة الایلاء

٨٤

» الخامسة في الطلاق الذي يقع بالایلاء

» السادسة هل يطلق القاضي اذا أبى النفي او الطلاق او يحبس حتى يطلق

» السابعة هل يتكرر الایلاء اذا طلقها ثم راجعها

» الثامنة هل تلزم الزوجة المولى منها عدة او ليس تلزمها

٨٥

» التاسعة وأما الایلاء العبد

» العاشرة هل من شرط رجعة المولى أن يطأ في العدة أم لا

٨٦

١ هذا المطلب هو الفصل الثاني في عدة ملك اليمين الذي جعله المؤلف أخذ قسلي الباب الاول

من الجملة الرابعة

- ﴿ كتاب الظهار : وفيه سبعة فصول ﴾
- ٨٧ (الفصل الاول) في لفظ الظهار
- » الثاني في شروط وجوب الكفارة
- ٨٩ » الثالث فيمن يصح فيه الظهار
- ٩٠ » الرابع فيما يحرم على المظاهر
- ٩١ » الخامس هل يشكر الظهار بتكرار النكاح
- » السادس هل الايلاء عليه
- ٩٢ » السابع في أحكام كفارة الظهار
- ٩٥ ﴿ كتاب اللعان : ويشتمل على خمسة فصول ﴾
- ٩٦ (الفصل الاول) في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها
- ٩٨ » الثاني في صفات المتلاعنين
- ٩٩ » الثالث في صفة اللعان
- » الرابع في حكم نكول أحدهما ورجوعه
- ١٠٠ » الخامس في الاحكام اللازمة لتتمام اللعان
- ١٠١ ﴿ كتاب الاحداد ﴾
- ١٠٣ ﴿ كتاب البيوع : وينقسم الى ستة أجزاء ﴾
- ١٠٤ الجزء الاول في تعريف انواع البيوع المطلقة
- » الثاني في تعريف اسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة وفيه ابواب
- » الباب الاول في الاعيان المحرمة للبيع
- ١٠٥ وأما ما حرم بيعه وليس بنجس
- ١٠٦ (الباب الثاني) في بيوع الربا وينحصر في اربعة فصول
- ١٠٧ (الفصل الاول) في معرفة الاشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ولا النساء
- ١١٠ » الثاني في معرفة الاشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء
- » الثالث في معرفة ما يجوز فيه الامران جميعاً
- ١١٢ » الرابع في معرفة ما يعد صنفاً واحداً مما لا يعد صنفاً واحداً

- ١١٣ مسألة واختلفوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم
 « واختلفوا من هذا الباب في بيع الحيوان بالميت
 ١١٤ » ومن هذا الباب اختلا فهم في بيع الدقيق بالحنطة مثلاً بمثل
 ١١٥ فصل واما اختلا فهم في بيع الربوى الرطب بجنسه من اليا بس الخ
 ١١٦ باب في بيع الذرائع الربوية
 ١١٧ مسألة في بيع الشيء بمثل ثم تشتره بأكثر منه
 ١١٩ مطالب في بيع الطعام قبل قبضه وفيه ثلاثة فصول
 ١٢٠ (الفصل الاول) فيما يشترط فيه القبض من المبيعات
 ١٢١ « الثاني في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط
 « الثالث في الفرق بين ما يباع من الضعاف ميكلا وجزافا
 ١٢٢ (الباب الثالث) في البيوع المنهية عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر
 ١٢٩ فصل واما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها فتمها مسائل
 ١٣٢ (الباب الرابع) في بيع الشروط والثمن
 ١٣٧ (الباب الخامس) في البيوع المنهية عنها من اجل الضرر والغبن
 ١٣٨ فصل وأمانيه صلى الله عليه وسلم عن تلقى الركبان للبيع الخ
 فصل وأمانيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادي
 ١٣٩ فصل وأمانيه عليه الصلاة والسلام عن النجش الخ
 ١٤٠ (الباب السادس) في النهي من قبل وقت العبادات
 ١٤١ القسم الثاني في الاسباب والشروط المصححة للبيع: وفيه ثلاثة أبواب
 (الباب الاول) في العقد وفيه أركان
 الركن الاول في صيغ العقد
 ١٤٣ « الثاني في المعقود عليه
 « الثالث في العاقدین
 ١٤٤ القسم الثالث القول في الاحكام العامة للبيوع الصحيحة: وفيه أربع جمل
 الجملة الاولى في أحكام وجود العيب في المبيعات: وفيها بابان

- ١٤٥ (الباب الاول) في أحكام العيوب في البيع المطلق: وفيه خمسة فصول
 الفصل الاول في معرفة العقود التي يجب فيها حكم بوجود العيب من التي لا يجب ذلك فيها
 » الثاني في معرفة العيوب التي توجب الحكمة وما شرطها الموجب للحكم فيها وفي
 هذا الفصل نظران
 النظر الاول في العيوب التي توجب الحكمة
 » الثاني في الشرط الموجب له ١٤٦
 ١٤٨ (الفصل الثالث) في معرفة حكم العيب الموجب اذا كان المبيع لم يتغير
 فصل واحد قلنا ان المشتري اطلع
 ١٤٩ مطالب وأما المسئلة الثانية في رجلين يتباعا شيئا واحدا ط
 (الفصل الرابع) في معرفة أصناف التغيرات الخادنة عند المشتري وحكمها
 ١٥١ - باب في طروء النقصان
 ١٥٢ (الفصل الخامس) في التضاعف في هذا الحكم عند اختلاف المتباعين
 ١٥٣ (الباب الثاني) في بيع الرأفة
 ١٥٥ القول في الجوائح وينحصر في أربعة فصول
 ١٥٦ (الفصل الاول) في معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح
 (الفصل الثاني) في محل الجوائح من المبيعات
 » الثالث في مقدار ما يوضع منه فيه
 ١٥٧ » الرابع في الرقت الذي يوضع فيه
 الجملة الثالثة في تابعات المبيعات : وفيه مسئلان
 المستلذ الاول في بيع النخل وفيها اثمر
 ١٥٨ » الثانية في بيع مال العبد
 ١٦٠ الجملة الرابعة في اختلاف المتباعين
 ١٦١ القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع النثر في حكم البيع الفاسد اذا وقع
 ١٦٢ في كتاب الصرف: وفيه مسائل
 ١٦٣ المستلذ الاول في بيع الذهب بالذهب وحكمه

١٦٤ المسئلة الثانية في السيف والمصحف المحلى ببيع بالنقصة

» الثالثة في شرط الصرف

١٦٥ » الرابعة في من اضطرر دراهم بدنانير الخ

» الخامسة اجمع العلماء على ان المراطلة جائزة في الذهب الخ

١٦٦ » السادسة في الرجلين يكون لاحدهما على الآخر دنانير ولا تخر عليه دراهم

١٦٧ » السابعة في البيع والصرف في مذهب مالك

﴿ كتاب السلم : وفيه ثلاثة أبواب ﴾

الباب الاول في محله وشروطه

١٦٨ مطلب وأما شر وطه فتم اجمع عليها ومنها مختلف فيها

١٧١ (الباب الثاني) فيما يجوز من المسلم بدل ما انعقد عليه السلم : وفيه مسائل

مسئلة فمين أسلم في شئ من التمر وتعذر تسليمه

مسئلة في مبيع المسلم فيه اذا حان الاجل من المسلم اليه

١٧٢ مسئلة في الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه الخ

مسئلة فيما اذا ندم المبتاع في السلم فطلب الاقالة

١٧٣ مسئلة فيما اذا كان لرجل على رجل الى أجل الخ

مسئلة فمين أسلم الى آخر أو باع منه طعاماً على مكيلة ما الخ

(الباب الثالث) في اختلاف المتبايعين في السلم

١٧٤ ﴿ كتاب بيع الخيار والنظر في اصول هذا الباب : وفيه مسائل ﴾

١٧٦ مطلب وأما المسئلة الخامسة هل يورث خيار المبيع أم لا

١٧٧ » » » السادسة فمين يصح خياره

١٧٨ ﴿ كتاب بيع المراجعة : وفيه بابان ﴾

(الباب الاول) فيما يعد من رأس المال مما لا يعد وفيه رأس المال الذي يجوز ان ينبي

عليه الربح

١٧٩ (الباب الثاني) في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خير البائع بالتمن

١٨٠ ﴿ كتاب بيع العربية ﴾

- ١٨٣ ﴿ كتاب الاجارات : ويقسم الى قسمين ﴾
القسم الاول في أنواعها وشروط الصحة والفساد
١٨٦ مطلب وأما اجارة المؤذن الخ
١٩٠ القسم الثاني في معرفة أحكام الاجارات : وينحصر في جملة
الجملة الاولى في موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارئ عليه
١٩١ » الثانية في أحكام الطوارئ وفيها ثلاثة فصول
(الفصل الاول) منه وهو النظر في القسوخ
١٩٣ » الثاني وهو النظر في الضمان
١٩٤ » الثالث وهو النظر في الاختلاف
١٩٦ ﴿ كتاب الجعلي ﴾
١٩٧ ﴿ كتاب القراض : وفيه ثلاثة أبواب ﴾
(الباب الاول) في محله
١٩٨ » الثاني في مسائل الشروط
٢٠٠ القول في أحكام القراض
٢٠١ » » الطوارئ
٢٠٢ » » القراض الفاسد
٢٠٣ » في اختلاف المتقارضين
٢٠٤ ﴿ كتاب المساقات ﴾
القول في جواز المساقات
٢٠٥ القول في صحة المساقات : وفيه أربعة أركان
الركن الاول في محل المساقات
٢٠٦ الركن الثاني في العمل
٢٠٧ الركن الثالث في صفة العمل الذي تنعقد عليه
٢٠٨ الركن الرابع في المدة التي يجوز فيها وتنعقد عليها
٢٠٨ القول في أحكام الصحة في المساقاة

٢٠٩ أحكام المساقاة الخامسة

٢١٠ « كتاب الشركة »

القول في شركة العنان وفيه ثلاثة أركان

الركن الاول محلها من الاموال : وفيه ثلاث مسائل

المسئلة الاولى فيما اذا اشتر كافي صنفين من العروض

٢١١ المسئلة الثانية فيما اذا كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء

المسئلة الثالثة في الشركة بالطعام من صنف واحد

الركن الثاني في معرفة الربح من قدر المال المشترك فيه

الركن الثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال

القول في شركة المتماوضة

٢١٣ القول في شركة الابدان

القول في شركة الوجوه

٢١٤ القول في أحكام الشركة الصحيحة

« كتاب الشفعة : وفيه قسمان »

القسم الاول في تصحيح هذا الحكم وفي أركانه

الركن الاول في الشافع

٢١٥ الركن الثاني في المشفوع عليه

٢١٦ « الركن الثالث في المشفوع فيه

٢١٧ « الرابع في الاخذ بالشفعة : وفيه مسائل

٢١٨ المسئلة الاولى في كيفية توزيع المشفوع فيه

« الثانية في الاشتراك للذين هم عصبته في الشفعة

٢٢٠ القسم الثاني في أحكام الشفعة

٢٢٢ « كتاب القسمة والنظر فيها وفيه أبواب »

(الباب الاول) في انواع القسمة

- القسم الاول من هذا الباب في قسمة رقاب الاموال

- ٢٢٢ القسم الثاني وأما الرقاب فتقسم الى ثلاثة اقسام
- ٢٢٣ (الفصل الاول) في الرباع والاصول
- ٢٢٤ » الثاني في العروض
- ٢٢٥ » الثالث في المكيل والموزون
- ٢٢٦ القول في القسم الثاني وهو قسمة المنافع
- ٢٢٧ » في الاحكام والقسمة من العقود اللازمة
- ٢٢٨ ﴿ كتاب الرهون ﴾
- الركن الاول في الراهن
- » الثاني في الرهن
- ٢٢٩ » الثالث في المرهون فيه
- ٢٣٠ القول في الشروط
- ٢٣١ » في الاحكام
- مطلب ومن مسائل هذا الباب اختلا فهم في تمام الرهن المنفصل
- ٢٣٤ ﴿ كتاب الحجر : وفيه ثلاثة ابواب ﴾
- (الباب الاول) في اصناف المحجورين
- ٢٣٥ » الثاني متى يخرجون من الحجر ومتى يسجر عليهم
- ٢٣٦ الباب الثالث في معرفة احكام افعالهم في الرد والاجازة
- ٢٣٨ ﴿ كتاب التفليس ﴾
- ٢٤٦ ﴿ كتاب الصلح ﴾
- ٢٤٧ ﴿ كتاب الكفالة ﴾
- ٢٥٠ ﴿ كتاب الجوالة ﴾
- ٢٥٢ ﴿ كتاب الوكالة : وفيها ثلاثة ابواب ﴾
- (الباب الاول) في أركانها : الركن الاول في الموكل
- الركن الثاني في الوكيل وشروطه
- ٢٥٣ الركن الثالث في ما فيه التوكيل

- ٢٥٣ الركن الرابع في معنى الوكالة
(الباب الثاني) في أحكام الوكالة
- ٢٥٤ (الباب الثالث) في مخالفة الموكل للوكيل
- ٢٥٥ ﴿كتاب اللقطة — والنظر فيه في جملتين﴾
الجملة الاولى في اركانها
- ٢٥٦ الجملة الثانية في أحكامها
- ٢٥٩ باب في اللقطة والنظر في أحكام الالتقاط والمتقط
- ٢٦٠ ﴿كتاب الوديعة﴾
- ٢٦٢ ﴿كتاب العارية﴾
- ٢٦٥ ﴿كتاب الغصب وفيه بيان : الاول في الضمان وفيه اركان﴾
الركن الاول في بيان الموجب للضمان
» الثاني فيما يجب فيه الضمان
- ٢٦٦ » الثالث في الواجب في الغصب والواجب على الغاصب
(الباب الثاني) في الطوارئ على المصوب
- ٢٧٢ ﴿كتاب الاستحقاق واحكامه﴾
- ٢٧٤ ﴿كتاب الهبة﴾
- ٢٧٧ القول في أنواع الهبات
- ٢٧٩ » في أحكام الهبات
- ٢٨٠ ﴿كتاب الوصايا والنظر فيها ينقسم الى قسمين﴾
القسم الاول النظر في الاركان — الركن الاول الموصي
القول في الموصى به
- ٢٨١ » في المعنى الذي يدل عليه لفظ الوصية
- ٢٨٢ » في الاحكام وهو القسم الثاني
- ٢٨٣ ﴿كتاب الفرائض﴾
- ٢٨٥ مطلب في ميراث الصلب

- ٢٨٦ مطلب في ميراث الزوجات
- ٢٨٧ » في ميراث الاب والام
- ٢٨٨ » في ميراث الاخوة للام
- » في ميراث الاخوة للاب والام أو للاب
- ٢٩٠ » في ميراث الجد
- ٢٩٣ » في ميراث الجدات
- ٢٩٤ باب في الحجب
- ٣٠٣ » في الولاء وفيه مسائل مشهورة
- المسئلة الاولى في ان من اعتق عبده عن نفسه فان ولائه له
- » الثانية فممن أسلم على يديه رجل هل يكون ولائه له أولا
- ٣٠٤ » الثالثة فيما اذا قال السيد لعبده أنت سائبة
- » الرابعة في العبد المسلم اذا أعتقه النصراني
- » الخامسة في ان النساء ليس لهن مدخل في وراثة الولاء الا من باشرن عتقه بانفسهن
- ٣٠٥ مطلب في ترتيب أهل الولاء في الولاء
- ٣٠٦ ﴿ كتاب العتق ﴾
- ٣١٣ ﴿ كتاب الكتابة ﴾
- القول في مسائل العقد
- ٣١٧ » في المكاتب - وفيه خمسة أجناس
- الجنس الاول متى يخرج المكاتب من الرق
- ٣١٨ » الثاني متى يرق المكاتب
- ٣١٩ » الثالث في حكم المكاتب اذا مات قبل أن يؤدي الكتابة
- ٣٢٠ » الرابع فممن يدخل معه في عقد الكتابة ومن لا يدخل
- ٣٢١ » الخامس فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر
- ٣٢٣ مطلب في شروط الكتابة
- ٣٢٥ ﴿ كتاب التدبير والكلام على أركانه وأحكامه ﴾

تسعة

- ٣٢٥ الركن الاول في أركانه
- ٣٢٦ وأما أحكامه فاصولها راجعة الى أجناس خمسة
- الجنس الاول مما اذا يخرج المذبر
- ٣٢٧ « الثاني ما يبقى فيه من أحكام الرق مما ليس يبقى فيه
- « الثالث مما يتبعه في الحرية مما ليس يتبعه
- ٣٢٨ « الرابع في مبطالات التدبير الطارئة عليه
- « الخامس في أحكام تبعيض التدبير
- ٣٢٩ « كتاب أمهات الاولاد: وفيه مسائل «
- « كتاب الجنائيات
- ٣٣١ « كتاب القصاص: وينقسم الى قسمين «
- القسم الاول القصاص في النفوس
- القول في شروط القاتل
- ٣٣٦ « في الموجب
- ٣٣٨ « في القصاص
- ٣٣٩ « كتاب الجراح «
- القول في الجراح
- ٣٤٠ « في المجروح
- « في الجرح
- ٣٤٧ مطلب متى يستفاد من الجرح
- « كتاب الديات في النفوس «
- ٣٤٧ مطلب ومما يدخل في هذا الباب دية الجنين
- ٣٥٠ « كتاب الديات فيما دون النفس «
- ٣٥٢ القول في ديات الاعضاء
- ٣٥٧ « كتاب القسامة وفيه مسائل «
- ٣٥٧ المسئلة الاولى في وجوب الحكم بها على الجملة

- ٣٥٨ المسئلة الثانية في اختلاف العلماء بالقسامة فيما يجب بها
- ٣٥٩ المسئلة الثالثة اختلافهم فيمن يبذأ بالايمان الخمسين
- ٣٦٠ المسئلة الرابعة في موجب القسامة عند القائلين بها
- ٣٦٢ ﴿ كتاب الاحكام في الزنا ﴾
- (الباب الاول) في تعريف الزنا
- ٣٦٣ (الباب الثاني) في أصناف الزناة
- ٣٦٦ (الباب الثالث) في العقوبات لكل صنف صنف منهم وفيما يثبت به الزنا
- ٣٦٨ ﴿ كتاب القذف ﴾
- ٣٧٠ باب في شرب الخمر والكلام على هذه الجناية
- ٣٧٢ فصل واما بما اذا يثبت هذا الحد الخ
- ٣٧٢ ﴿ كتاب السرقة ﴾
- ٣٧٦ فصل وأما جنس المسروق فان العلماء الخ
- ٣٧٧ القول في الواجب في هذه الجناية
- ٣٧٩ القول فيما يثبت به السرقة
- ٣٧٩ (كتاب الحراية وفيه ابواب)
- ٣٨٠ (الباب الاول) النظر في الحراية
- ٣٨٠ (الباب الثاني) النظر في المحارب
- ٣٨٠ (الباب الثالث) فيما يجب على المحارب
- ٣٨٢ (الباب الرابع) في مسقط الواجب عنه وهي التوبة
- ٣٨٢ (الباب الخامس) بما اذا ثبت هذه الجناية
- ٣٨٣ فصل في حكم المحاربين على التأويل
- ٣٨٣ باب في حكم المرتد

٣٨٤ (كتاب الاقضية) وفيه ستة أبواب

(الباب الاول) في معرفة من يجوز قضاؤه

٣٨٥ (الباب الثاني) في معرفة ما يقضى به

٣٨٦ (الباب الثالث) في معرفة ما يتقضى فيه وفيه فصول

الفصل الاول في الشهادة

٣٨٩ الفصل الثاني في الايمان

٣٩١ الفصل الثالث في النكول

٣٩٣ الفصل الرابع في الاقرار

٣٩٤ (الباب الرابع) في معرفة من يقضى عليه أوله

(الباب الخامس في كيفية القضاء)

٣٩٦ (الباب السادس) في وقت القضاء

(تمت الفهرست)



ورد لنا الجواب الآتي من صاحب الامضاء يقر ظفيه ابن رشد وكتابه فنشرناه هنا
للمطالع ليقف على مكانة المؤلف وتأليفه : وهذا نصه

سیدی

سلاماً واحتراماً وبعد فان كتاب ابن رشد الذي بعثوه من مرقدہ وأنبقوه نباتاً حسناً
قد وقع منا مواقع الماء من ذی الغلة الصادی وأکبر ناروح ذلك الفيلسوف العظيم
فقياماً ببعض ما يجب نحو أبطال الرجال أرسلنا اليكم هذه الكلمة لتدرج مع الكتاب
ولا زلت سباقايات منقباً عما ينفع أمتك ووطنك حائزاً شكري الجميع

﴿وها هي الكلمة﴾

الى الحكيم الراقد في جدته الهاني بمضجعه تحفه مسحة من النور الالهي وعليه
حارس من المهابة وسياج من الاجلال

أهدى غايات من الدعوات واستطرد له وابلا من صيب الرحمت لله أنت أيتها
الروح الخالدة العائدة الى محلها الارفع فقد هبطت علينا من عالمك العالي وطلعت علينا طلوع
القمر على خابط ليل ضل السيل وখানে الدليل طلعت والهدى فكنت كالغيث أصاب
أرضاً قابلة فانبثت الكلاء والعشب وأصاب منها الكثير

أقمت فينا ما شاء الله أن تقوى وخلقت لك آثاراً جعلت لك مقعد صدق في كل نفس ثم
عدت سيرتك الاولى

بسم الله مجراك ومرسالك وطلوعك ومأواك وتأويبك ومسراك أي جوحواك وأي
آمال وسعتك وأي جسم تحمل ما ترومين

وإذا كانت النفوس كبارا * تعبت في مرادها الاجسام

بيننا نراك بين يدي فيثاغورس وأرسطو قد حنت عليك الحكمة وأرضعتك أفأويقها

وأعلنت درهماً وأملت خيراً، فلا يفتنك تعلمين غيرها إذا أنت وقد وضعتك الشريعة بين
الحشاش والشراب وسبب لك حزنها ووردت منها لعنياً زائراً أعابيه وسائفاً شرابه وهذا
كتابك قد خالط أجزء النفس وهش أليه الحس فهو الحق إلا أنه حكم قد ضمن الدر
إلا أنه كلم

أنزه في رياض العلم نفسي * وأغدو في مسارحها وأمسي
أمتع ناظري فيما حوته * وأقطف زهره من كل غرس
وأحسن من كؤس الراح عندي * ومن خد الظباء خدود طرس
وقدرت الرضا فثمت روضاً * به قد غبت عن نفسي وحسي
كانّ خلال أسطره بحارا * تدفق بالمعارف بعد رمسي
كتاب حاك فكر (ابن رشد) * وأخرج آية في كل درس
ومزق من ظلام الشك ثوباً * كما طرد الدجّة ضوء شمس
محمد أحمد عرفه



الجزء الثاني

من

بداية المجتهد ونهاية المقتصد

للامام الفقيه الفيلسوف الاصولي القاضي أبي الوليد محمد
ابن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الاندلسي
الشهير (ابن رشد الحفيد) المتوفى
سنة ٥٩٥ هجرية رحمه
الله تعالى

— — — — —

﴿ الطبعة الأولى سنة ١٣٢٩ هجرية ﴾
(على نفقة محمد أمين الخانجي الكتي وشركاه)

— — — — —

طبعت على النسخة المولوية بعد ان تفصل بقراءتها صاحب الفضيلة الاستاذ
الشيخ محمد شاكر وكيل مشيخة الأزهر على النسخة الخطية
المحفوطة بدار كتب سعادة أحمد بك تيمور

طبع بمطبعة الجمالية - بمصر

(الكاتبة بحارة الروم بعطفة التري)

(لاصحابها محمد أمين الخانجي وشركاه - وأحمد عارف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم ﴾

﴿ كتاب النكاح ﴾

واصول هذا الكتاب تنحصر في خمسة ابواب ، الباب الاول في مقدمات النكاح ، الباب الثاني في موجبات صحة النكاح ، الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح ، الباب الرابع في حقوق الزوجية ، الباب الخامس في الانكحة المنهية عنها والفاسدة

(الباب الاول)

وفي هذا الباب اربع مسائل في حكم النكاح وفي حكم خطبة النكاح وفي الخطبة على الخطبة وفي النظر الى المخطوبة قبل التزويج . فاما حكم النكاح . فتال قوم هو مندوب اليه وهم الجمهور . وقال أدل الظاهر هو واجب . وقالت المتأخرة من المالكية هو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب اليه وفي حق بعضهم مباح وذلك عندهم بحسب ما يخاف على نفسه من العنت * وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الامر به في قوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) وفي قوله عليه الصلاة والسلام : تناكحوا فاني مكاثركم بالامم وما أشبه ذلك من الاخبار الواردة في ذلك على الوجوب أم على التنبه أم على الاباحة . فاما من قال انه في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب اليه وفي حق بعضهم مباح فهو الثقات الى المصلحة وهذا النوع من التباس هو الذي يسمى المرسل وهو الذي ليس له أصل معين يستند اليه وقد أنكره كثير من العلماء والظاهر من مذهب مالك القول به .

(وأما خطبة النكاح) المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور إنها ليست واجبة وقال داود هي واجبة * وسبب الخلاف هل يحمل فعليه في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على التدب . فاما الخطبة على الخطبة فإن النبي في ذلك ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهي عنه أولاً يدل وإن كان يدل فعلى أى حاله يدل فقال داود يفسخ . وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ وعن مالك القولان جميعاً وثالث وهو أنه يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده . وقال ابن القاسم إن ما منع النهي إذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح . وأما إن كان الأول غير صالح والثاني صالح جاز . وأما الوقت عند الاكثر فهو إذا ركن بعضهم الى بعض لا في أول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ان أباهم بن حذيفة ومعاوية بن أبى سفيان خطباها فقال . أما أبوجهم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء . وأما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن انكحى أسامة . وأما النظر الى المرأة عند الخطبة فجاز ذلك مالك الى الوجه والكفين فقط وأجاز ذلك غيره الى جميع البدن عدا السوءتين ومنع ذلك قوم على الاطلاق وأجاز أبو حنيفة النظر الى التدمين مع الوجه والكفين * والسبب في اختلافهم أنه ورد الأمر بالنظر اليهن مطلقاً وورد بالمنع مطلقاً وورد مقيداً أعني بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء في قوله تعالى «ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها» أنه الوجه والكفان وقياساً على جواز كشفها في الحج عند الاكثر ومن منع تمسك بالاصل وهو تحريم النظر الى النساء

(الباب الثاني في موجبات صحة النكاح)

وهذا الباب ينقسم الى ثلاثة أركان ، الركن الاول في معرفة كيفية هذا العقد ، الركن الثاني في معرفة محل هذا العقد ، الثالث في معرفة شروط هذا العقد ،
 (الركن الاول) في الكيفية والنظر في هذا الركن في مواضع في كيفية الاذن المنعقبه ومن المعتبر رضاه في لزوم هذا العقد وهل يجوز عقده على الخيار أم لا يجوز وهل إن تراخى القبول من أحد المتعاقدين لزم ذلك العقد أم من شرط ذلك العور .
 (الموضع الاول) الاذن في النكاح على ضربين فهو واقع في حق الرجال والتيب من النساء بالالفاظ وهو في حق الابكار المستأذونات واقع بالسكوت أعني الرضا . وأما الرد فباللفظ ولا خلاف في هذه الجملة الا ما حكى عن أصحاب الشافعي ان إذن البكر اذا كان المنكح غير أب

ولا جدد بالنطق وانما صار الجمهور الى ان إدنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام: الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صماها وانفقوا على انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن أذنه اللفظ وكذلك بلفظ التزويج . واختلفوا في انعقاد الهمزة أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة فاجازه قوم وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج * وسبب اختلافهم هل هو عند يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به أم ليس من صحته اعتبار اللفظ من الحق بالعتود التي يعتبر فيها الأمران قال لا نكاح منعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج ومن قال ان اللفظ ليس من شرطه اعتبارا باليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح بأي لفظ اتفق اذ فهم المعنى الشرعي من ذلك أعنى انه اذا كان بينه وبين المعنى الشرعي مشاركة .

(الموضع الثاني) وأما من المعتبر قبوله في صحة هذا العقد فانه يوجد في الشرع على ضربين، أحدهما يعتبر فيه رضا المتنا كحين أنفسهما أعنى الزوج والزوجة إمام مع الولي وإمادونه على مذهب من لا يشترط الولي في رضا المرأة المالكة أمر نفسها، والثاني يعتبر فيه رضا الولياء فقط وفي كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ومسائل اختلفوا فيها ونحن نذكر منها قواعد وأصولها فتقول . أما الرجال البالغون الاحرار المالكون لا مرأة أنفسهم فانهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحة النكاح .

واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده والوصى محجوره البالغ أم ليس يجبره فقال مالك يجبر السيد عبده على النكاح وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجبره * والسبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد أم ليس من حقوقه وكذلك اختلفوا في جبر الوصى محجوره والخلاف في ذلك موجود في المذهب * وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له أم ليس بمصلحة وانما طريقة المسالاة وعلى القول بان النكاح واجب ينبغي أن لا يتوقف في ذلك . وأما النساء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح فاتفقوا على اعتبار رضا الثيب البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام: والثيب تعرب عن نفسها الا ما حكي عن الحسن البصري واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب الغير البالغ ما لم يكن يظهر منها الفساد . فأه البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى للاب فقط ان يجبرها على النكاح وقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وأبو ثور وجماعة لا بد من اعتبار رضاها ووافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه * وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا للعموم وذلك ان ما روى عنه

عليه الصلاة والسلام من قوله: لا تنكح اليتيمة الا باذنها وقوله تستأمر اليتيمة في نفسها خرجه أبو داود والمعهوم منه بدليل الخطاب ان ذات الاب بخلاف اليتيمة وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباس المشهور: والبكر تستأمر بوجوب بعوموه استئثار كل بكر والعموم أقوى من دليل الخطاب مع انه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام: والبكر يستأذنها أبوها وهو نص في موضع الخلاف. واما الثيب الغير البالغ فان ما لا يكا وباحنية قال لا يحبرها الاب على النكاح وقال الشافعي لا يحبرها وقال المتأخرون ان في المذهب فيها ثلاثة اقوال، قول ان الاب يحبرها ما لم تبلغ بعد الطلاق وهو قول اشهب، وقول انه يحبرها وان بلغت وهو قول سحنون، وقول انه لا يحبرها وان لم تبلغ وهو قول أبي تمام والذي رت حكيمه عن مالك هو الذي حكاه اهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه * وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام: تستأمر اليتيمة في نفسها ولا تنكح اليتيمة الا باذنها يفهم منه ان ذات الاب لا تستأمر الا ما اجمع عليه الجمهور من استئثار الثيب البالغ وعموم قوله عليه الصلاة والسلام: الثيب احق بنفسها من وليها يتناول البالغ وغير البالغ وكذلك قوله: لا تنكح الايم حتى تستأمر ولا تنكح حتى تستأذن يدل بعوموه على ما قاله الشافعي ولا اختلافهم في هاتين المسألتين سبب آخر وهو استنباط القياس من موضع الاجماع وذلك انه لم اجمعوا على ان الاب يحبر البكر غير البالغ وانه لا يحبر الثيب البالغ الا خلافا شاذاً فيهما جميعاً كما قلنا اختلفوا في موجب الاجبار هل هو البكارة او الصغر فن قال الصغر قال لا يحبر البكر البالغ ومن قال البكارة قال يحبر البكر البالغ ولا يحبر انثيب الصغيرة ومن قال كل واحد منهما يوجب الاجبار اذا انفرد قال يحبر البكر البالغ والثيب الغير البالغ، والتمايل الاول لتعليل أبي حنيفة، والثاني لتعليل الشافعي، والثالث لتعليل مالك والاصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة واختلفوا في الثبوت التي ترفع الاجبار وتوجب النطق بالرضا أو الرد فذهب مالك وأبو حنيفة الى انها الثبوت التي تكون بشكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك وانها لا تكون بزنا ولا بغصب وقال الشافعي كل ثبوت ترفع الاجبار * وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام الثيب احق بنفسها من وليها بالثبوت الشرعية أم بالثبوت اللغوية واتفقوا على ان الاب يحبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستأمرها لما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها بنت ست أو سبع وبنى بها بنت تسع بانكاح أبي بكر أي بهارضى الله عنه الا ما روى من الخلاف عن ابن شرمسة

واختلفوا من ذلك في مسألتين، أحدهما هل يزوج الصغيرة غير الأب، والثانية هل يزوج الصغيرة غير الأب. فاما هل يزوج الصغيرة غير الأب أم لا فقال الشافعي يزوجها الجد ابوالأب والأب فقط وقال مالك لا يزوجها إلا الأب فقط أو من جعل الأب لذلك اذا عين الزوج إلا أن يخاف عليها الضيعة والفساد وقال أبو حنيفة يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب و قريب وغير ذلك ولها الخيار اذا بلغت * وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام: والبركر تستأمر واذنهما صماهما يقتضى العموم في كل بكر الا ذات الأب التي خصصها الإجماع الا لخلاف الذي ذكرناه وكون سائر الالاء معلوم منهم النظر والمصلحة لوليتهم بوجوب أن يلحقوا بالأب في هذا المعنى فمنهم من ألحق به جميع الالاء ومنهم من ألحق به الجد فقط لانه في معنى الأب اذ كان أباً أعلى وهو الشافعي ومن قصر ذلك على الأب رأى ان مال الأب في ذلك غير موجود لغيره إمامن قبل الشرع أن خصه بذلك وامامن قبل ان ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لا يوجد في غيره وهو الذي ذهب اليه مالك رضى الله عنه وما ذهب اليه أظهر والله أعلم إلا أن يكون هناك ضرورة وقد احتجت الحنفية بجواز انكاح الصغار غير الالاء بقوله تعالى (فان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) قال واليتيم لا ينطلق الا على غير البالغة والفرق الثاني قالوا ان اسم اليتيم قد ينطلق على البالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: تستأمر اليتيمة والمستأمرة هي من أهل الالاء وهي البالغة فيكون لا اختلاف في سبب آخر وهو اشتراك اسم اليتيم وقد احتج أيضاً من لم يحجز نكاح غير الأب لها بقوله عليه الصلاة والسلام: تستأمر اليتيمة في نفسها قالوا والصغيرة ليست من أهل الاستئمار باتفاق فوجب المنع ولا ولئك أن يقولوا ان هذا حكم اليتيمة التي هي من أهل الاستئمار وأما الصغيرة فمستكوت عنها. واما هل يزوج الولي غير الأب الصغير فان ما أجاز له للوصي وأبا حنيفة أجاز له للالاء إلا أن أبا حنيفة أوجب الخيار له اذا بلغ ولم يوجب ذلك مالك وقال الشافعي ليس لغير الأب انكاحه * وسبب اختلافهم قياس غير الأب في ذلك على الأب فمن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذي جاز للأب به أن يزوج الصغير من ولده لا يوجد في غير الأب لم يحجز ذلك ومن رأى انه يوجد فيه أجاز ذلك ومن فرق بين الصغير في ذلك والصغيرة فلان الرجل يملك الطلاق اذا بلغ ولا يملك المرأة لذلك جعل أبو حنيفة لهما الخيار اذا بلغا.

وأما الموضع الثالث وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار فان الجمهور على انه لا يجوز وقال أبو ثور يجوز * والسبب في اختلافهم تردد النكاح بين اليسوع التي لا يجوز فيها الخيار

والبيوع التي يجوز فيها الخيار أو نقول ان الأصل في العقود أن لا خيار الا ما وقع عليه النص وعلى المثلث للخيار الدليل أو نقول ان أصل منع الخيار في البيوع هو الغرر والا نكحة لا غرر فيها لان المقصود بها المكارمة لا المكايسة ولان الحاجة الى الخيار والرؤية في النكاح أشد منه في البيوع . وأما رآخي القبول من أحد الطرفين عن العقد فجاز ما لك من ذلك التراخي اليسير ومنعه قوم وأجازه قوم وذلك مثل أن ينكح الولي امرأة بغير إذنها فيبلغها النكاح فتجيزه ومن منعه مطلقاً الشافعي ومن أجازه مطلقاً أبو حنيفة وأصحابه والتفرقة بين الامر الطويل والقصير لما لك * وسبب الخلاف هل من شرط الابعاد وجود القبول من المتعاقدين في وقت واحد معاً أم ليس ذلك من شرطه ومثل هذا الخلاف عرض في البيع .

(* الركن الثاني في شروط العقد) *

وفيه ثلاثة فصول ، الفصل الاول في الاولياء ، الثاني في الشهود ، الثالث في الصداق

(* الفصل الاول) *

والنظر في الاولياء في مواضع أربعة ، الاول في اشتراط الولاية في صحة النكاح ، الموضع الثاني في صفة الولي ، الثالث في أصناف الاولياء وترتيبهم في الولاية وما يتعلق بذلك ، الرابع في عضل الاولياء من يلونهم وحكم الاختلاف الواقع بين الولي والمولى عليه .

﴿ الموضع الاول ﴾ اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط فذهب مالك الى أنه لا يكون نكاح الابولي وانها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهري اذا عتدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفؤاً اجاز وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع ان اشتراطها سنة لا فرض وذلك انه روى عنه انه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلاً من الناس على انكاحها وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعتد عليها فكانه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك أعني انهم يقولون انها من شروط الصحة لا من شروط التمام * وسبب اختلافهم انه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلاً عن أن يكون في ذلك نص بل الآيات والسنة التي جرت العادة بالا احتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة

وكذلك الآيات والسنة التي يحجج بها من بشرط اسقاطها هي أيضاً محتملة في ذلك
والاحاديث مع كونها محتملة في الفاظها مختلف في صحتها الاحديث ابن عباس وان كان المستقط
لها ليس عليه دليل لان الاصل براءة الذمة ونحن نورد مشهور ما احتج به القرطبي وابن
وجه الاحتمال في ذلك . فن أظهر ما يحجج به من الكتاب من اشتراط الولاية بقوله تعالى (فاذا
بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) قالوا وهذا خطاب للاولياء ولولم يكن لهم حق
في الولاية لما نهوا عن العضل وقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) قالوا وهذا خطاب
للاولياء أيضاً ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الاحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن
عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل
ثلاث مرات وان دخل بها فالمرء لها بأصابع منها فان اشتجر وأفاض السلطان ولي من لا ولي
له خرجه الترمذي وقال فيه حديث حسن . وأما ما احتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب
والسنة فتقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف) قالوا وهذا دليل على جواز
تصرفها في العقد على نفسها قالوا وقد أضاف اليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال (إن
ينكحن أزواجهن) وقال (حتى تنكح زوجاً غيره) وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس
المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام : الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في
نفسها واذنها صحتها وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر فتستأمر في
فهدا مشهور ما احتج به القرطبي من السماع فاما قوله تعالى « فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن »
فليس فيه أكثر من نهي قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعهما النكاح وليس نهيهم عن العضل
مما يفهم منه اشتراط إذنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازاً أعني بوجه من وجوه أدلة الخطاب
الظاهرة أو النص بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا وهو ان الاولياء ليس لهم سبيل على من
يلونهم وكذلك قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) هو أن يكون خطاباً بالولي الامر
من المسلمين أو لجميع المسلمين أخرى منه أن يكون خطاباً بالاولياء وبالجملة فهو متردد بين أن
يكون خطاباً للاولياء أولاً والى الامر فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان انه أظهر في خطاب
الاولياء منه في أولى الامر فان قيل ان هذا عام والعام يشمل ذوي الامر والاولياء قيل ان
هذا الخطاب انما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع فيستوى فيه الاولياء وغيرهم وكون الولي
مأموراً بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الاذن أصله الاجنبي ولو قلنا انه خطاب
للاولياء يوجب اشتراط إذنهم في صحة النكاح لكان مجعلاً لا يصح به عمل لانه ليس فيه ذكر

أصناف الأولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم والبيان لا يجوز تأخير عن وقت الحاجة ولو كان في هذا كله شيء معروف لثقل تواتر أقريرها من التواتر لأن هذا ما تعم به البلوى ومعلوم أنه كان في المدينة من لا ولي له ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يعتقد أن كحمتهم ولا ينصب لذلك من يعتقدوا أيضاً فإن المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر والله أعلم . وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف في وجوب العمل به ولا يظهر أن ما لا يتفق على صحته أنه ليس يجب العمل به وأيضاً فإن سلمنا صحة الحديث فليس فيه الاشتراط اذن الولي لمن لها ولي أعني المولى عليها وإن سلمنا أنه عام في كل امرأة فليس فيه أن المرأة لا تعتمد على نفسها أعني أن لا تكون هي التي تلي العقد بل الاظهر منه أنه إذا أذن الولي لها جاز أن تعتمد على نفسها دون أن تشترط في صحة النكاح اشهاد الولي معها . وأما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن من معروف) فإن المفهوم منه النهي عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن وليس هنالك شيء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولي إلا اعتد النكاح فظاهر هذه الآية والله أعلم أن لها أن تعتد النكاح وللأولياء الفسخ إذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف وأما إضافة النكاح إليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد لكن الأصل هو الاختصاص إلا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . وأما حديث ابن عباس فهو لعمرى ظاهر في الفرق بين الثيب والبكر لأنه إذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد عليهما الولي فيما ذلت شعري تكون الایم أحق بنفسها من وليها وحديث الزهري هو أن يكون موافقاً لهذا الحديث أخرى من أن يكون معارضاً له ويحتمل أن تكون التفرقة بينهما في السكوت والتطيق فقط ويكون السكوت كافياً في العقد والاحتجاج بقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف) مما ظهر في أن المرأة تلي العقد من الاحتجاج بقوله (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) على أن الولي هو الذي يلي العقد وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة وذلك أنه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهري وحكي ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهري عنه فلم يعرفه قالوا والدليل على ذلك أن الزهري لم يكن يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة وقد احتجوا أيضاً بحديث ابن عباس أنه قال لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ولكنه مختلف في رفعه وكذلك اختلفوا أيضاً في صحة الحديث الوارد في نكاح النبي عليه الصلاة والسلام أم سلمة وأمره لا شبهة أن ينكحها إياه . وأما احتجاج الفريقين من جهة المعاني فيحتمل وذلك أنه يمكن أن يقال إن الرشد إذا وجد

في المرأة اكتفى به في عقد النكاح كما يكتفى به في التصرف في المال ويشبه أن يقال ان المرأة مائلة بالطبع الى الرجال أكثر من ميلها الى تدير الاموال فاحتاط الشرع بان جعلها محجورة في هذا المعنى على التأبيد مع ان ما يلحقها من العار في القاء نفسها في غير موضع كفاءة يتطرق الى أوليائها لكن يكفي في ذلك أن يكون للاولياء الفسخ أو الحسبة والمستلة محتملة كما ترى لكن الذي يغلب على الظن انه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الاولياء وأصنافهم ومزاجهم فإن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فإذا كان لا يجوز عليه عليه الصلاة والسلام تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى في هذه المسئلة يقتضي أن يتنقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم تواتراً أو قريباً من التواتر ثم لم يتنقل فقد يجب أن يعتد أحد أمرين، اما انه ليست الولاية شرطاً في صحة النكاح وانما للاولياء الحسبة في ذلك وأما ان كان شرطاً فليس من حجتها غير صفات الولي وأصنافهم ومزاجهم ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولي الا بعد مع وجود الاقرب .

الموضع الثاني . وأما النظر في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها فانهم اختلفوا على أن من شرط الولاية الاسلام والبلوغ والذكورية وأن سواها أضداد هذه أعني الكفر والصغر والانوثة . واختلفوا في ثلاثة في العبد والتاسق والسفيه . فاما العبد فالأكثر على منع ولايته وجوزها أبو حنيفة . وأما الرشد فالمشهور في المذهب أعني عند أكثر أصحاب مالك ان ذلك ليس من شرطها أعني الولاية وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي ذلك من شرطها وقد روى عن مالك مثل قول الشافعي وقول الشافعي قال أشهب وأبو مصعب : وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال من رأى انه قد يوجد الرشد في هذه الولاية مع عدمه في المال قال ليس من شرطه ان يكون رشيداً في المال ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال لا بد من الرشد في المال وهما قسمان كما ترى أعني أن الرشد في المال غير الرشد في اختيار الكفاءة لهما . وأما العدة فاما اختلفوا فيها من جهة انها نظر للمعنى أعني هذه الولاية فلا يقوم مع عدم العدة لان اختيارها الكفاءة وقد يمكن ان يقال إن الحالة التي بها يختار الاولياء كوليائهم الكف غير حالة العدة التي هي خرف لحوق العار بهم وهذه هي موجودة بالطبع وتلك العدة الاخرى مكتسبة ولتقص العبد يدخل الخلاف في ولايته كما يدخل في عدالته .

(الموضع الثالث) . وأما أصناف الولاية عند القائلين بها فهي نسب وسلطان ومولى أعلى وأسفل ومجرد الاسلام عند مالك صفة تقتضي الولاية على الدينثة واختلفوا في الوصي فقال

مالك يكون الوصى ولياً ومنع ذلك الشافعي * وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن ان يستتاب فيها أم ليس يمكن ذلك ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في النكاح لكن الجمهور على جوازها الأبانور ولا فرق بين الوكالة والايضاء لان الوصى وكيل بعد الموت والوكالة تنقطع بالموت واختلفوا في ترتيب الولاية من النسب فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب الا لابن فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية والابناء عنده أولى وان سفلوا ثم الاباء ثم الاخوة للاب والام ثم للاب ثم بنو الاخوة للاب والام ثم للاب فقط ثم بنو الاخوة للاب وان علوا ثم الجد وقال المغيرة الجد وأبوه أولى من الاخ وابنه ليس من أصل ثم العمومة على ترتيب الاخوة وإن سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الاعلى عنده أحق من الاسفل والوصى عنده أولى من ولى النسب أعنى وصى الاب واختلف أصحابه فبين أولى وصى الاب أو ولى النسب فقال ابن القاسم الوصى أولى مثل قول مالك وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم المولى أولى وخالف الشافعي مالك الكافي ولاية البنوة فلم يحجزها أصلاً وفي تقديم الاخوة على الجد فقال لا ولاية للابن وروى عن مالك أن الاب أولى من الابن وهو أحسن وقال أيضاً الجد أولى من الاخ وبه قال المغيرة والشافعي اعترى التعصيب أعنى أن الولد ليس من عصبتها الحديث عمر: لا تنكح المرأة الابن ولها أذى الرأى من أهلها أو السلطان ولم يعتره مالك في الابن الحديث أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم: أمر ابنها ان ينكحها اياه ولا ينهم اتفقوا أعنى مالك والشافعي على أن الابن يرث الولاء الواجب للام والولاء عندهم للعصبة * وسبب اختلافهم في الجد هو اختلافهم فبين هو أقرب هل الجد أو الاخ ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة ، أحدها اذا زوج الاب بعد مع حضور الاقرب ، والثانية اذا غاب الاقرب هل تنتقل الولاية الى الاب بعد أو الى السلطان ، والثالثة اذا غاب الاب عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية أولاً تنتقل .

(فأما المسئلة الاولى) فاختلف فيها قول مالك فمرة قال ان زوج الاب بعد مع حضور الاقرب فالنكاح مفسوخ ومرة قال النكاح جائز ومرة قال للاقرب ان يحجز أو يفسخ وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الاب في ابنته البكر والوصى في محجورته فانه لا يختلف قوله ان النكاح في هذين مفسوخ أعنى تزويج غير الاب البنت البكر مع حضور الاب أو غير الوصى المحجورة مع حضور الوصى . وقال الشافعي لا يعتمد أحد مع حضور الاب لا في بكر ولا في ثيب * وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعى أعنى ثابتاً بالشرع في الولاية أم

ليس بحكم شرعي وان كان حكماً فهل ذلك حق من حقوق الولي الاقرب أم ذلك حق من حقوق الله فن لم ير الترتيب حكماً شرعياً قال يجوز نكاح الاب بعد مع حضور الاقرب ومن رأى انه حكم شرعي ورأى انه حق للولي قال النكاح منعقد فان أجاز له الولي جاز وان لم يجزه انفسخ ومن رأى انه حق لله قال النكاح غير منعقد وقد أنكر قوم هذا المعنى في المذهب أعني ان يكون النكاح منفسخاً غير منعقد.

وأما المسئلة الثانية: فان ما لك يقول اذا غاب الولي الاقرب انتقلت الولاية الى الاب بعد وقال الشافعي تنتقل الى السلطان * وسبب اختلافهم هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا وذلك انه لا خلاف عندهم في انتقالها في الموت.

(وأما المسئلة الثالثة) وهي غيبة الاب عن ابنته البكر فان في المذهب فيها تنصيصاً واختلافاً وذلك راجع الى بعد المكان وطول الغيبة أو قربها والجهل بمكانه أو العلم به وحاجة البنت الى النكاح إما لعدم النفقة وإما لما يخاف عليها من عدم الصون وإما للامر من جميعاً فانفق المذهب على انه اذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الاب مجهول الموضع أو أسيراً وكانت في صون وتحت نفقة امها ان لم يدع الى الزواج ولا تزوج وان دعت فتزوج عند الاسر وعند الجهل بمكانه واختلقوا هل تزوج مع العلم بمكانه أم لا اذا كان بعيداً فقبل تزوج وهو قول مالك وقيل لا تزوج وهو قول عبد الملك وابن وهب. وأما ان عدمت النفقة أو كانت في غير صون فانها تزوج أيضاً في هذه الاحوال الثلاثة أعني في الغيبة البعيدة وفي الاسر والجهل بمكانه وكذلك ان اجتمع الامر ان فاذا كانت في غير صون تزوج وان لم تدع الى ذلك ولم يختلفوا فيما أحسب انها لا تزوج في الغيبة القريبة المعلومه لمكان امكان مخاطبتها وليس ببعيد بحسب النظر المصاحي الذي انبنى عليه هذا النظر ان يقال ان ضاق الوقت وخشى السلطان عليها الفساد زوجت وان كان الموضع قريباً واذ قلنا انه تجوز ولاية الاب بعد مع حضور الاقرب فان جعلت امرأة أمرها الى وليين فزوجهما كل واحد منهما فانه لا يخلوان يكون تقدم أحدهما في العقد على الآخر أو يكونا عقداً معاً ثم لا يخلو ذلك من ان يعلم المتقدم أولاً يعلم. فأما اذا علم المتقدم منهما فأجمعوا على انها للاول اذا لم يدخل بها واحد منهما * واختلفوا اذا دخل الثاني فقال قوم هي للاول وقال قوم هي للثاني وهو قول مالك وابن القاسم وبالاول قال الشافعي وابن عبد الحكم. وأما ان أنكحاهما معاً فلا خلاف في فسخ النكاح فيما أعرف * وسبب الخلاف في اعتبار الدخول أولاً اعتباره معارضة العموم للقياس وذلك انه قدر روى

انه عليه الصلاة والسلام قال: ايما امرأة أنكحها وليان فهي الاولى منهما فعموم هذا الحديث يقتضى انها الاولى دخل بها الثانى أو لم يدخل ومن اعتبر الدخول فتشبيهاً بقوات السلعة في البيع المكر وهو وضعيف . وأما ان لم يعلم الاول فان الجمهور على الفسخ وقال مالك يفسخ ما لم يدخل أحدهما وقال شرح تخير فأيهما اختارت كان هو الزوج وهو شاذ وقد روى عن عمر بن عبد العزيز .

الموضع الرابع فى عضل الاولياء * واتفقوا على انه ليس للولى ان يعضل وليته اذا دعت الى كفاء وبصداق مثلها وانما ترفع أمرها الى السلطان فيزوجها ما عدا الاب فانه اختلف فيه المذهب * واختلفوا بعدهذا الاتفاق فيما هى الكفاءة المعتبرة فى ذلك وهل صداق المثل منها أم لا وكذلك اتفقوا على أن للمرأة أن تمنع نفسها من اسكاح من لهن من الاولياء جبرها اذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كالأب ابنته البكر أما غير البالغ باتفاق والبالغ واليب الصغيرة باختلاف على ما تقدم وكذلك الوصى فى محجوره على القول بالجر . فأما الكفاءة فانهم اتفقوا على أن الدين معتبر فى ذلك الا ما روى عن محمد بن الحسن من اسقاط اعتبار الدين ولم يختلف المذهب أن البكر اذا تزوجها الاب من شارب الخمر وبالجملة من فاسق أن لها ان تمنع نفسها من النكاح وينظر الحاكم فى ذلك فيفرق بينهما وكذلك ان زوجها ممن ماله حرام أو ممن هو كثير الحلف بالطلاق واختلفوا فى النسب هل هو من الكفاءة أم لا وفى الحرية وفى اليسار وفى الصحة من العيوب فالمشهور عن مالك انه يحوز نكاح المولى من العرب وانه احسب لذلك بقوله تعالى « ان أكرمكم عند الله اتقاكم » وقال سفيان الثورى وأحمد لا تزوج العربية من مولى وقال أبو حنيفة واصحابه لا تزوج قرشية الا من قرشى ولا عربية الا من عربى * والسبب فى اختلاف فهم اختلاف فهم فى مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: تنكح المرأة لدينها وجمالها وماله وحسبها فاظهر بذات الدين تربت يمينك ففهم من رأى ان الدين هو المعتبر فقط لقوله عليه الصلاة والسلام: فعليك بذات الدين تربت يمينك ومنهم من رأى ان الحسب فى ذلك هو بمعنى الدين وكذلك المال وأنه لا يخرج من ذلك الا ما أخرجه الاجماع وهو كون الحسن ليس من الكفاءة وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منهما من الكفاءة وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر لجهة ما ولم يختلف المذهب أيضاً أن الفقر مما يوجب فسخ النكاح الاب ابنته البكر أعنى اذا كان فقيراً غير قادر على النفقة عليها فالمال عنده من الكفاءة ولم يرد ذلك أبو حنيفة . وأما الحرية فلم يختلف المذهب انه امن

الكفاءة تكون السنة الثابتة بخير الامة اذا عتقت . وأما مهر المثل فان مال الكا والشافعي
 يريان انه ليس من الكفاءة وأن اللاب ان ينكح ابنته بأقل من صداق المثل أعنى البكر وأن
 الثيب الرشيدة اذا رضيت به لم يكن للاولياء مقال وقال أبو حنيفة مهر المثل من الكفاءة *
 وسبب اختلافهم أمانى الاب فلاختلافهم هل لادن يضع من صداق ابنته البكر شيئاً أم لا .
 وأمانى الثيب فلاختلافهم هل ترفع عنها الولاية فى مقدار الصداق اذا كانت رشيدة كما ترفع
 فى سائر تصرفاتها المالية أم ليس ترفع الولاية عن مقدار الصداق اذا كانت لا ترفع عنها فى
 التصرف فى النكاح والصداق والصداق من أسبابه وقد كان هذا القول أخلق بمن يشترط
 الولاية بمن لم يشترطها لكن أنى الامر بالعكس ويتعلق بأحكام الولاية بمسئلة مشهورة وهى
 هل يجوز للولى ان ينكح وليته من نفسه أم لا يجوز ذلك فمنع ذلك الشافعي قياساً على الحكم
 والشاهد أعنى انه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه وأجاز ذلك مالك ولا أعلم لما لك حجة فى ذلك الا
 ما روى من انه عليه الصلاة والسلام . زوج أم سلمة بغير ولى لان ابنها كان صغيراً وما ثبت انه
 عليه الصلاة والسلام : أعتق صفيّة فجعل صداقها عتقها والا صل عند الشافعي فى أن كحة
 النبى عليه الصلاة والسلام انها على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لكثرة
 خصوصيته فى هذا المعنى صلى الله عليه وسلم ولكن تردد قوله فى الامام الاعظم .

﴿ الفصل الثانى فى الشهادة ﴾

وانفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح واختلفوا هل هى شرط
 تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد وانفقوا على انه لا يجوز نكاح السر
 واختلفوا اذا أشهد شاهدين ووصيا بالكتان هل هو سر أو ليس بسر فقال مالك هو سر
 وينسخ وقال أبو حنيفة والشافعي ليس بسر * وسبب اختلافهم هل الشهادة فى ذلك حكم
 شرعى أم انما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الا نكار فمن قال حكم شرعى قال هى
 شرط من شروط الصحة ومن قال توثق قال من شروط اتمام والا صل فى هذا ما روى عن
 ابن عباس : لا نكاح الا بشاهدى عدل وروى مرشد ولا يخالف له من الصحابة وكثير من
 الناس رأى هذا دخلاً فى باب الاجماع وهو ضعيف وهذا الحديث قد روى مرفوعاً ذكره
 الدارقطنى وذكر أن فى سنده مجاهيل وأبو حنيفة ينعتد بالنكاح عنده بشهادة فاسقين لان
 المقصود عنده بالشهادة هو الاعلان فقط والشافعي يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين أعنى

الاعلان والتبول ولذلك اشترط فيها العدالة . واما مالك فليس يتضمن عنده الاعلان اذا وصى الشاهدان بالسكتان * وسبب اختلافهم هل ماتع فيه الشهادة ينطلق عليه اسم السر أم لا والا صل في اشترط الاعلان قول النبي عليه الصلاة والسلام : اعلنوا هذا النكاح واخر بوا عليه بالدفوف خرجه ابوداود وقال عمر فيه هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرجعت وقال ابو ثور وجماعة ليس الشهود من شرط النكاح لا شرط صحة ولا شرط تمام وفعل ذلك الحسن بن علي روى عنه انه تزوج بغير شهادة ثم اعلن بالنكاح .

﴿الفصل الثالث في الصداق﴾

والنظر في الصداق في ستة مواضع ، الاول في حكمه واركانه ، الموضع الثاني في تقرر جميعه للزوجة ، الموضع الثالث في تشطيره ، الموضع الرابع في التفويض وحكمه ، الموضع الخامس الاصدقة القاسدة وحكمها ، الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق . ﴿الموضع الاول﴾ وهذا الموضع فيه اربع مسائل ، الاولى في حكمه ، الثانية في قدره ، الثالثة في جنسه ووصفه ، الرابعة في تأجيله .

﴿المسئلة الاولى﴾ اما حكمه فانهم اتفقوا على انه شرط من شروط الصحة وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » وقوله تعالى « فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن اجورهن » .

﴿المسئلة الثانية﴾ واما قدره فانهم اتفقوا على أنه ليس لاكثره حد * واختلفوا في أقله فقال الشافعي واحمد واسحق وابو ثور وفتحاء المدينة من التابعين ليس لأقله حد وكل ما جاز أن يكون ثمناً وقيمة لشيء جاز أن يكون صداقاً وبه قال ابن وهب من اصحاب مالك وقال طائفة بوجوب تحديد أقله وهو لا يختلفوا فالمشهور في ذلك مذهبان ، أحدهما مذهب مالك وأصحابه ، والثاني مذهب أبي حنيفة وأصحابه . فأما مالك فقال أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة أو ماساوى الدراهم الثلاثة أعنى دراهم الكيل فقط في المشهور وقيل أو ماساوى أحدهما وقال أبو حنيفة عشرة دراهم أقله وقيل خمسة دراهم وقيل أربعون درهما * وسبب اختلافهم في التقدير سببان ، أحدهما تردده بين أن يكون عوضاً من الاعراض يعتبر فيه التراضي بالقليل كان أو بالكثير كالحال في البيوعات وبين أن يكون عبادة فيكون موقفاً وذلك انه من جهة انه يملك به على المرأة منافعتها على الدوام يشبه العوض

ومن جهة انه لا يجوز التراخي على اسقاطه يشبه العبادة ، والسبب الثاني معارضة هذا القياس
المتنضى التحديد لمفهوم الاثر الذي لا يقتضى التحديد . أما القياس الذي يقتضى التحديد فهو
كما قلنا انه عبادة والعبادات موقفة . وأما الاثر الذي يقتضى مفهومه عدم التحديد فحديث
سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحته وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة
فقال يا رسول الله اني قد وهيت نفسي لك فقامت قياماً طويلاً فقام رجل فقال يا رسول الله
زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل معك من شيء تصدقها
اياد فقال ما عندي الا ازارى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أعطيتها اياد جلست لا ازار
لك فالتمس شيئاً فقال لا أجد شيئاً فقال عليه الصلاة والسلام : التمس ولو خاتماً من حديد فالتمس
فلم يجد شيئاً فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شيء من القرآن قال نعم سورة كذا
وسورة كذا لسورهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنكحتك بما معك من
القرآن قالوا فوله عليه الصلاة والسلام التمس ولو خاتماً من حديد دليل على انه لا قدر لا قلبه
لانه لو كان له قدر لبيته اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وهذا استدلال بين كما ترى
مع أن القياس الذي اعتمدته القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته وذلك انه انبنى على مقدمتين
، إحداهما أن الصداق عبادة ، والثانية أن العبادة موقفة وفي كليهما نزاع للخصم وذلك انه
قد يلقي في الشرع من العبادات ما ليست موقفة بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم
وأيضاً فانه ليس فيه شبهة العبادات خالصاً وانما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الاثر
لا احتمال ان يكون ذلك الاثراً خاصاً بذلك الرجل لقوله فيه قد أنكحتك بما معك من القرآن
وهذا خلاف للاصول وان كان قد جاء في بعض رواياته انه قال قم فعلمها لماذا كراهته معه من
القرآن فقام فعلمها فجاء نكاحاً باجارة لكن لما التمسوا أصلاً فيسبون عليه قدر الصداق لم
يجدوا شيئاً أقرب شبهاً به من نصاب القطع على بعد ما بينهما وذلك ان القياس الذي
استعملوه في ذلك هو انهم قالوا عضو مستباح بمال فوجب ان يكون مقدراً أصله القطع
وضعف هذا القياس هو من قبل ان الاستباحة فيها هي مقولة باشتراك الاسم وذلك ان القطع
غير الوطء وأيضاً فان القطع استباحة على جهة العقوبة والاذى ونقص خلقة وهذا
استباحة على جهة اللذة والمودة ومن شأن قياس الشبه على ضعفه ان يكون الذي به تشابه
الفرع والاصل شيئاً واحداً لا باللفظ بل بالمعنى وان يكون الحكم انما وجد للاصل من جهة
الشبه وهذا كله معدوم في هذا القياس ومع هذا فانه من الشبه الذي لم ينبه عليه اللفظ وهذا

النوع من القياس مردود عند المحققين لكن لم يستعملوا هذا القياس في اثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث اذ هو في غاية الضعف وانما استعملوا في تعيين قدر التحديد . وأما القياس الذي استعملوا في معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا ويشهد لعدم التحديد ما أخرجه الترمذي ان امرأة تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضيت من نفسك وما لك بنعلين فقالت نعم فجوز نكاحها وقال هو حديث حسن صحيح * ولما اتفق الفائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في نصاب السرقة فقال مالك هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم لانه النصاب في السرقة عنده وقال أبو حنيفة هو عشرة دراهم لانه النصاب في السرقة عنده وقال ابن شبرمة هو خمسة دراهم لانه النصاب عنده أيضا في السرقة وقد احتجت الحنفية لكون الصداق محددًا بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبي عليه الصلاة والسلام : انه قال : لا مهر بأقل من عشرة دراهم ولو كان هذا ثابتا لكان رافعا لموضع الخلاف لانه كان يجب لموضع هذا الحديث ان يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فانه يرويه قالوا مبشر ابن عبيد عن الحجاج بن ارطاة عن عطاء عن جابر ومبشر والحجاج ضعيفان وعطاء أيضا لم يلق جابر أولئك لا يمكن ان يقال ان هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد .

المسئلة الثالثة : أما جنسه فكل ما جاز أن يملك وأن يكون عوضاً واختلعهوا من ذلك في مكانين في النكاح بالاجارة وفي جعل عتق أمته صداقها * أما النكاح على الاجارة ففي المذهب فيه ثلاثة أقوال ، قول بالاجارة ، وقول بالمنع ، وقول بالكرامة والمشهور عن مالك الكرامة ولذلك رأى فسخه قبل الدخول وأجازه من أصحابه اصبع وسخنون وهو قول الشافعي ومنعه ابن القاسم وابو حنيفة الا في العبد فان أبا حنيفة أجازه * وسبب اختلافهم سيان ، أحدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتقائه أم لا مر بالعكس فن قال هو لازم أجازه لقوله تعالى « إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج » الآية ومن قال ليس بل لازم قال لا يجوز النكاح بالاجارة * والسبب الثاني هل يجوز أن يقاس النكاح في ذلك على الاجارة وذلك ان الاجارة هي مستثناة من بيع العرر الجوهول ولذلك خالف فيها الاصم وابن علية وذلك ان اصل التعامل انما هو على عين معروفة ثابتة في عين معروفة ثابتة والاجارة هي عين ثابتة في مقابلة حركات وافعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الاجرة على المستأجر . وأما كون العتق صداقا فانه

منه فتبدأ الامتياز من بعد ادوود وأحمد * وسبب اختلافهم معارضة الافرار واردي ذلك
للارصول اعني ما ثبت من انه عليه الصلاة والسلام: اعتق صفية ووجهه من عتقها صداقهم
احتمال ان يكون هذا خاصا به عليه الصلاة والسلام لكثرة اختصاصه في هذا الباب ووجه
مفارقة الارصول ان العتيق ازالة ملك والازالة لا تتضمن استباحة الشيء بوجه آخر لانها اذا
اعتقت ملكت نفسها فكيف يلزمها النكاح ولذلك قال الشافعي انها ان كرهت زواجه
غرمت له قيمتها لانه راي انها قد اثلقت عليه قيمتها اذ كان انما انما لها بشرط الاستمتاع به او هذا
كله لا يعارض به فعله عليه الصلاة والسلام ولو كان غير جائز لغيره لبيده عليه الصلاة والسلام
والاصل ان افعاله لازمة لنا الا ما قام الدليل على خصوصيته * وأما صفة الصداق فانهم
اتفقوا على ان عقد النكاح على العرض المعين الموصوف اعني المنضبط بجنسه وقدره بالوصف
واختلفوا في العرض الغير موصوف ولا معين مثل ان يقول أنكحتكها على عبد أو خادم من
غير ان يصف ذلك وصفا بضبط قيمته فقال مالك وأبو حنيفة يجوز وقال الشافعي لا يجوز واذا
وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمي وقال ابو حنيفة يحجر على
القيمة * وسبب اختلافهم هل يجري النكاح في ذلك مجرى البيع من القصص في التشاح
أو ليس يبلغ ذلك المبلغ بل التصد منه أكثر ذلك المكارمة فن قال يجري في التشاح مجرى
البيع قال لا يجوز البيع على شيء غير موصوف كذلك لا يجوز النكاح ومن قال ليس يجري
مجراده المقتصود منه انما هو المكارمة قال يجوز . وأما التأجيل فان قومهم يحجزوه أصلا وقوم
أجازوه واستحبوا أن يقدم شيئا منه اذا أراد الدخول وهو مذهب مالك والذين أجازوا
التأجيل منهم من لم يحجزه الا زمن محدود وقدر هذا البعد وهو مذهب مالك ومنهم من أجازوه
لموت أو فراق وهو مذهب الاوزاعي * وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع في التأجيل
أو لا يشبهه فن قال يشبهه لم يحجز التأجيل لموت أو فراق ومن قال لا يشبهه أجاز ذلك ومن منع
التأجيل فلكونه عبادة .

الموضع الثاني في النظر في التمرير: واتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت. أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً » الآية * وأما وجوبه بالموت فلا أعلم إلا أن فيه دليلًا لا مسموعًا إلا انعقاد الإجماع على ذلك واختلاف أهل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس أم ليس ذلك من شرطه بل يجب بالدخول والخلو وهو الذي يعنون بارتقاء الاستور

فقال مالك والشافعي وداود لا يجب بارخاء الستور الا نصف المهر ما لم يكن الميسر وقال أبو حنيفة يجب المهر بالخلوة نفسها الا ان يكون محرماً أو مريضاً أو صائماً في رمضان او كانت المرأة حائضاً وقال ابن أبي ليلى يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط في ذلك شيئاً * وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب وذلك أنه نص تبارك وتعالى في المدخول بها المنكوحه انه ليس يجوز ان يؤخذ من صداقها شيء في قوله تعالى «وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض» ونص في المطلقه قبل الميسر ان لها نصف الصداق فقال تعالى «وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم» وهذا نص كما ترى في حكم كل واحدة من هاتين الحالتين أعني قبل الميسر وبعده الميسر ولا وسط بينهما فوجب بهذا إيجاباً ظاهراً أن الصداق لا يجب الا بالميسر والميسر ههنا الظاهر من امر دانه الجماع وقد يحتمل ان يحمل على أصله في اللغة وهو المس ولعل هذا والذي تأولت الصحابة ولذلك قال مالك في العنين المؤجل انه قد وجب لها الصداق عليه اذا وقع الطلاق لطول مقامه معها فجعل له دون الجماع تأثيراً في إيجاب الصداق. واما الاحكام الواردة في ذلك عن الصحابة فهم وان من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب عليه الصداق لم يختلف عليهم في ذلك فيما جكوا واختلقوا من هذا الباب في فرع وهو اذا اختلف في الميسر أعني القائلين باشتراط الميسر وذلك مثل أن تدعى هي الميسر وينكر هو فالمشهور عن مالك أن القول قولها وقيل ان كان دخول بناء صدقت وان كان دخول زيارة لم تصدق وقيل ان كانت بكر أنظر اليها النساء فيتحصل فيها في المذهب ثلاثة أقوال وقال الشافعي وأهل الظاهر القول قوله وذلك لانه مدعى عليه ومالك ليس يعتبر في وجوب اليمين على المدعى عليه من جهة ما هو مدعى عليه بل من جهة ما هو أقوى شبهة في الاكثر ولذلك يجعل القول في مواضع كثيرة قول المدعى اذا كان أقوى شبهة وهذا الخلاف يرجع الى هل إيجاب اليمين على المدعى عليه معمل أو غير معمل وكذلك القول في وجوب البيعة على المدعى وسيأتي هذا في مكانه.

(الموضع الثالث في التشطير) واتفقوا اتفاقاً مجملانه اذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداق انه يرجع اليها بنصف الصداق لقوله تعالى «فنصف ما فرضتم» الآية، والنظر في التشطير في أصول ثلاثة في محله من الانكحة وفي موجه من أنواع الطلاق أعني الواقع قبل الدخول وفي حكم ما يعرض له من التغييرات قبل الطلاق. أما محله من النكاح عند مالك فهو النكاح

الصحيح أعتى أن يكون يقع الطلاق الذي قبل الدخول في النكاح الصحيح . وأما النكاح
 المفسدون : فممكن اسرقه فيه فسدت وطلق قبل الفسخ ففي ذلك قولان . وأما موجب التشطير
 فهو الطلاق الذي يكون اختيار من تزوج لا باختيار منها مثل الطلاق الذي يكون من قبل
 قيامها بعيب يوجد فيه واختصار من هذا الباب في الذي يكون سببه قيامها عليه بالصدقات أو
 النفقة مع عمره ولا فرق بينهما وبين التيام بالعيب . وأما الفسوخ التي ليست طلاقاً ولا خلاف
 أنها ليست توجب التشطير إذا كان فيها الفسخ من قبل العتد أو من قبل الصداق وبالجمله من
 قبل عدم موجبات الصحة وليس لها في ذلك اختيار أصلاً . وأما الفسوخ الصادر على العتد
 الصحيح مثل الردة والرضاع فإن لم يكن لاحدهما فيه اختيار أو كان لهادونه لم يوجب التشطير
 وإن كان له فيه اختيار مثل الردة أو جوب التشطير والذي ينتصيه مذهب أهل الفاعر أن كل
 طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التصنيف سواء كان من سببها أو سببه وإن ما كان
 فسداً ولم يكن طلاقاً فلا تصنيف فيه . وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى أم
 ليست بمعقولة من قال إنها معقولة المعنى وإنما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها
 لمكان الجبر على رد سلعها وأخذ الثمن كالحال في المشتري فلما فارق النكاح في هذا المعنى
 البيع جعل لها هذا عوضاً من ذلك الحق قال إذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شيء إلا بها
 أستطعت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ومن قال إنها سنة غير معقولة وانبيع
 ظاهر اللفظ قال يلزم التشطير في كل طلاق كان من سببه أو سببها . فاما حكم ما يعرض للصدقات
 من التغييرات قبل الطلاق فن ذلك لا يحلو أن يكون من قبلها أو من الله فما كان من قبل الله
 فلا يحل من أربعة أوجه إما أن يكون تلفاً للكل وإما أن يكون نقصاً وإما أن يكون زيادة وإما
 أن يكون زيادة ونقصاً معاً وما كان من قبلها فلا يحلو أن يكون تصرفاً فيه بتقويت مثل البيع
 والعتق والهبة أو يكون تصرفاً فيه في منافعها الخاصة بها أو فيما تتجهز به إلى زوجها فعند مالك
 إنها في التلف وفي الزيادة وفي النقصان شريكان وعند الشافعي أنه يرجع في النقصان
 والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة * وسبب اختلافهم هل تلك المرأة
 الصداق قبل الدخول أو المولود ملكاً مستقراً أو لا تملكه فن قال أنها لا تملكه ملكاً مستقراً
 قال هما فيه شريكان ما لم تعد فتدخلا في منافعها ومن قال تملكه ملكاً مستقراً والتشطير حق
 واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك أو جوب الرجوع عليها بجميع ما ذهب
 عندها ولم يحتفلوا أنها إذا صرفته في منافعها ضامنة للنصف * واختلفوا إذا اشترت به

ما يصلحها للجهاز ما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف ما اشتريته أم بنصف الصداق الذي هو الثمن فقال مالك يرجع عليها بنصف ما اشتريته : وقال أبو حنيفة والشافعي يرجع عليها بنصف الثمن الذي هو الصداق ، واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور متعلق بالسماع وهو هل للاب أن يعفو عن نصف الصداق في ابنته البكر أعني إذا طلقت قبل الدخول وللسيد في أمته فقال مالك ذلك له وقال أبو حنيفة والشافعي ليس ذلك له * وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذي في قوله تعالى «إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح» وذلك في لعظة يعفوفانها يقال في كلام العرب مرة بمعنى تسقط ومرة بمعنى يهب وفي قوله الذي بيده عقدة النكاح على من يعود هذا الضمير هل على الولي أو على الزوج فن قال على الزوج جعل يعفو بمعنى يهب ومن قال على الولي جعل يعفو بمعنى تسقط وشذ قوم فقالوا لكل ولي أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان في الآية على السواء لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكما زائدا في الآية أي شرعا زائدا لأن جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع ومن جعله الولي إما الأب وإما غيره فقد زاد شرعا فذلك يجب عليه أن يأتي بدليل يبين به أن الآية أظهر في الولي منها في الزوج وذلك شيء يعسر والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها وشذ قوم فقالوا يجوز أن تهب مصير العموم قوله تعالى «إلا أن يعفون» واختلفوا من هذا الباب في المرأة إذا وهبت صداقها الزوجا ثم طلقت قبل الدخول فقال مالك ليس يرجع عليها بشيء وقال الشافعي يرجع عليها بنصف الصداق * وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو في عين الصداق أو في ذمة المرأة فن قال في عين الصداق قال لا يرجع عليها بشيء لأنه قد قبض الصداق كله ومن قال هو في ذمة المرأة قال يرجع وإن وهبته له كالأول وهبت له غير ذلك من مالها وفرق أبو حنيفة في هذه المسئلة بين القبض ولا قبض فقال ان قبضت فله النصف وإن لم تقبض حتى وهبت فليس له شيء كأنه رأى أن الحق في العين ما لم يقبض فاذا قبضت صار في الذمة .

الموضع الرابع في التفويض وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز وهو أن يعقد النكاح دون صداق لتولية تعالى «لا جناح عليكم أن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضا لهن فريضة» واختلفوا من ذلك في موضعين ، أحدهما إذا طلقت الزوجة فرض الصداق واختلافنا في التدر ، والموضع الثاني إذا مات الزوج ولم يرض له صداق أم لا .

(فما المسئلة الاولى) وهي اذا قامت المرأة بطلب أن يفرض لها مهر أو فئات طائفة يفرض لها مهر مثلها وليس للزوج في ذلك خيار فإن طلق بعد الحكم من هؤلاء من قال لها نصف الصداق ومنهم من قال ليس لها شيء لأن أصل الفرض لم يكن في عقد النكاح وهو قول ابن حنيفة وأصحابه. وقال مالك وأصحابه الزوج بين خيار ثلاث إما أن يطلق ولا يفرض وإما أن يفرض ما تطلبه المرأة وإما أن يفرض صداق المثل ويلزمها وسبب اختلافهم أعني بين من يوجب مهر المثل من غير خيار للزوج اذا طلق بعد طلبها الفرض ومن لا يوجب اختلافهم في مفهوم قوله تعالى «لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضا لهن فريضة» هل هذا المحمول على العموم في سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم في فرض الصداق أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف في ذلك وأيضا فهل يفرضهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر في كل حال أولا يفرضهم ذلك فيه احتمالا وان كان الاظهر سقوطه في كل حال لقوله تعالى «ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره» ولا خلاف أعلمه في انه اذا طلق ابتداء انه ليس عليه شيء وقد كان يجب على من أوجب لها المتعة مع شرط الصداق اذا طلق قبل الدخول في نكاح غير التفويض وأوجب لها مهر المثل في نكاح التفويض أن يوجب لها مع المتعة فيه شرط مهر المثل لأن الآية لم تنعزض بمفهومها الا سقاط الصداق في نكاح التفويض وانما تعرضت لاباحة الطلاق قبل الفرض فإن كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل اذا طلب فواجب أن يتشطر اذا وقع الطلاق كما يتشطر في المسمى ولهذا قال مالك انه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج.

(وأما المسئلة الثانية) وهي اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها فان مالكا وأصحابه والاوزاعي قالوا ليس لها صداق ولها المتعة والميراث وقال أبو حنيفة لها صداق المثل والميراث وبه قال أحمد وداود وعن الشافعي القولان جميعا الا ان المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك * وسبب اختلافهم معارضة القياس للآثر أما الآثر فهو ما روى عن ابن مسعود انه سئل عن هذه المسئلة فقال أقول فيها برأيي فان كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فمني أرى ليها صداق امرأتين نسائها لاوكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معتل بن يسار الاشجعي فقال أشهد لتخصيت فيها بتضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في جروح بنت واشق خرجه أبو داود والنسائي والترمذي وصححه. وأما القياس المعارض لآثارهم أن الصداق عوض فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض قياسا على البيع وقال المزني عن الشافعي

في هذه المسئلة ان ثبت حديث جرع فلا حجة في قول أحد مع السنة والذي قاله هو الصواب والله أعلم .

١. (الموضع الخامس في الاصدقة الفاسدة) :

والصدّاق يفسد ما لعينه واما لصفة فيه من جيل أو عذر فالذي يفسد لعينه مثل الخمر والخنزير وما لا يجوز أن يملك والذي يفسد من قبل العذر والجبل فلا صل فيه تشبيهه بالبيع وفي ذلك خمس مسائل مشهورة

المسئلة الاولى (١) اذا كان الصدّاق خمر أو خنزير أو ثمرة لم يبد صلاحها أو بعير أشارد أو قتال أبو حنيفة العقد صحيح اذا وقع وفيه مهر المثل وعن مالك في ذلك رايان ، احداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده وهو قول أبي عبيد ، والثانية انه ان دخل ثبت ولها صدّاق المثل * وسبب اختلافهم هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع أم ليس كذلك فن قال حكمه حكم البيع قال يفسد النكاح بفساد الصدّاق كما يفسد البيع بفساد الثمن ومن قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصدّاق بدليل أن ذكر الصدّاق ليس شرطاً في صحة العقد قال يعضى النكاح ويصح بصدّاق المثل والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف والذي تقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصدّاق المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه قياساً على البيع ولست أدكر الآن فيه نصاً .

المسئلة الثانية (٢) واختلفوا اذا اقترن بالمهر بيع مثل أن تدفع اليه عبداً ويدفع الف درهم عن الصدّاق وعن ثمن العبد ولا يسمى الثمن من الصدّاق فنعه مالك وابن القاسم وبه قال أبو ثور وأجازه أشهب وهو قول أبي حنيفة وفرق عبد الله فقال ان كان الباقي بعد البيع ربع دينار فصاعداً لم يشك فيه جاز واختلف فيه قول الشافعي مرة قال ذلك جائز ومرة قال فيه مهر المثل * وسبب اختلافهم هل النكاح في ذلك شبهه بالبيع أم ليس بشبهه فن شبهه في ذلك بالبيع منعه ومن جوز في النكاح من الجبل ما لا يجوز في البيع قال يجوز .

المسئلة الثالثة (٣) واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه في صدّاقها حباء يجبي به الاب على ثلاثة أقوال ، فقال أبو حنيفة وأصحابه الشرط لازم والصدّاق صحيح ، وقال الشافعي المهر فاسد ولها صدّاق المثل وقال مالك اذا كان الشرط عند النكاح فهو لا بنته وان كان بعد النكاح فهو له * وسبب اختلافهم تشبيه النكاح في ذلك بالبيع فن شبهه بالوكيل ببيع

السلعة ويشترط لنفسه حياءً قل لا يجوز النكاح كالأبحور والبيع ومن جعل النكاح في ذلك
 مخالفاً للبيع قل يجوز. وأما تريق مالك فلا نهاتهم إذا كان الشرطي عقداً للنكاح أن يكون
 تحت المسمى بشرطه لنفسه نقصاً من صداق مثلها ولم يتهمه إذا كان بعد انعقاد النكاح
 والاعتق على الصداق وقول مالك هو قول عمر بن عبد العزيز والثوري وأبي عبيد وخرج
 النسائي وأبو داود وعبد الرزاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قل قل رسول الله صلى
 الله عليه وسلم: أت امرأه نكحت على حياء قبل عصمة النكاح فهو لها وما كان بعد عصمة
 النكاح فهو لمن أعطيه وأحق ما أكرم الرجل عليه ابنته وأخته وحديث عمرو بن شعيب
 مختلف فيه من قبل أنه حنيفة ولكنه نص في قول مالك وقال أبو عمرو بن عبد البر إذا روت الثقات
 وجب العمل به.

المسئلة الرابعة: واختلفوا في الصداق يستحق أو يوجد به عيب فقال الجمهور والنكاح
 ثابت واختلفوا هل يرجع بالقيمة أو بالمثل أو بمهر المثل واختلف في ذلك قول الشافعي فقال مرة
 بالقيمة وقول مرة بمهر المثل وكذلك اختلف المذهب في ذلك فتبيل يرجع بالقيمة وقيل يرجع
 بالمثل قال أبو الحسن اللخمي ولو قيل يرجع بالأقل من القيمة أو صداق المثل لكن ذلك وجهاً
 وشذوذاً فنحن نقول النكاح فاسد ومبني الخلاف هل يشبه النكاح في ذلك البيع أو لا يشبهه
 فمن شبهه قال يتفسخ ومن لم يشبهه قال لا يتفسخ.

المسئلة الخامسة: واختلفوا في الرجل ينكح المرأة على أن الصداق انفان لم يكن له
 زوجة وإن كانت له زوجة فالصداق الثمان فقال الجمهور بجوازه واختلفوا في الواجب في ذلك
 فقال قوم الشرط جائز ولما من الصداق بحسب ما اشترط وقالت طائفة ليامير المثل وهو قول
 الشافعي وبه قال أبو ثور إلا أنه قال إن طلقها قبل الدخول أن لم يكن لها إلا المنة وقال أبو حنيفة
 إن كانت له امرأة قلها انف درهم وإن لم تكن له امرأة قلها مبر مثلياً ما لم يكن أكثر من الالفين أو
 أقل من الالف ويخرج في هذا قول أن النكاح مفسوخ إذا كان القدر ولست أدكر إلا أن
 نصافينا في المذهب فيه مشهور مسائلهم في هذا الباب وفروعه كثيرة واختلفوا في يعتبر به
 فهو المثل إذا قضى به في هذه المواضع وما أشبهها فقال مالك يعتبر في جهاتها ونصائها وما لها
 وقال الشافعي يعتبر بنساء عصبتها فقط وقال أبو حنيفة يعتبر في ذلك نساء قرابتها من العصمة
 وغيره ومبني الخلاف هل المماثلة في المنصب فقط أو في المنصب والمال والجمال لقوله عليه
 الصلاة والسلام: ينكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها الحديث.

الموضع السادس في اختلاف الزوجين في الصداق * واختلافهم لا يخلو ان يكون في القبض أو في التسد أو في الجنس أو في الوقت أعني وقت الوجوب . فأما اذا اختلفا في القدر فنالت المرأة مثلاً بمائتين وقال الزوج بمائة فان التفتها اختلفوا في ذلك اختلافاً كثيراً فاقبال مالك انه ان كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه انهما يتحالفان ويتناسخا وان حلف أحدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف وان نكلا جميعاً كان بمنزلة ما اذا احلنا جميعاً ومن أتى بما يشبه منهما كان القول قوله وان كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج وقالت طائفة القول قول الزوج مع يمينه وبه قال أبو ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمة وجماعة وقالت طائفة القول قول الزوجة الى مهر مثلها وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها وقالت طائفة اذا اختلفا تحالفا ورجع الى مهر المثل ولم ير القسح كمالك وهو مذهب الشافعي والثوري وجماعة وقد قيل انها ترد الى صداق المثل دون يمين مالم يكن صداق المثل أكثر مما ادعت وأقل مما ادعى هو واختلافهم مبني على اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر هل ذلك معمل أو غير معمل فن قال معمل قال يحلف أبداً أقواهما شبهة فان استويا تحالفا وتنافسنا ومن قال غير معمل قال يحلف الزوج لانها تنقل بالنكاح وجنس الصداق وتدعى عليه قدر أرائها فهم ومدعى عليه وقيل أيضاً يتحالفان أبداً لأن كل واحد منهما مدعى عليه وذلك عند من لم يراع الاشباه والاختلاف في ذلك في المذهب ومن قال القول قولها الى مهر المثل والقول قوله فيما زاد على مهر المثل رأى انهما لا يستويان أبداً في الدعوى بل يكون أحدهما ولا بد أقوى شبهة وذلك انه لا يخلو دعواهما ان يكون فيما يعادل صداق مثلها فدونه فيكون القول قولها أو يكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله * وسبب اختلاف مالك والشافعي في التناسخ بعد التحالف والرجوع الى صداق المثل هو هل يشبه النكاح بالبيع في ذلك أم ليس يشبهه فن قال يشبه به قال بالتناسخ ومن قال لا يشبهه لان الصداق ليس من شرط صحة العقد قال بصداق المثل بعد التحالف وكذلك من زعم من أصحاب مالك انه لا يجوز لهما بعد التحالف ان يتراضيا على شيء ولا أن يرجع أحدهما الى قول الآخر ويرضى به فهو في غاية الضعف ومن ذهب الى هذا فانما يشبهه باللعان وهو تشبيه ضعيف مع أن وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه . وأما اذا اختلفا في القبض فنالت الزوجة لم أقبض وقال الزوج قد قبضت فقال الجمهور القول قول المرأة الشافعي والثوري واحمد وابو ثور وقال مالك القول قولها قبل الدخول والقول قوله

بعد الدخول وقال بعض أصحابه إنما قال ذلك مالك لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق فإن كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها ابتداءً والقول بأن القول قولها ابتداءً أحسن لأنهما مدعى عليها ولكن مالك راعى قوة الشبهة التي له إذا دخل بها الزوج واختلف أصحاب مالك إذا طال الدخول هل يكون القول قوله يمين أو بغير يمين ويمين أحسن وأما إذا اختلفا في جنس الصداق فقال هو مثلاً زوجتك على هذا العبد وقالت هي زوجتك على هذا الثوب فالمشهور في المذهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان إن كان الاختلاف قبل البناء وإن كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق المثل ما لم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما اعترف به وقال ابن القصار يتحالفان قبل الدخول والقول قول الزوج بعد الدخول وقال أصبح القول قول الزوج إن كان يشبهه سواء أشبهه قولهما أو لم يشبهه فإن لم يشبهه قول الزوج فإن كان قولها مشبهاً كان القول قولها وإن لم يكن قولها مشبهاً تحالفوا وكان لها صداق المثل وقول الشافعي في هذه المسئلة مثل قوله عند اختلافهم في القدر أعني يتحالفان ويتراجعان إلى مهر المثل * وسبب قول المتقدمين بالتفاسخ في البيع ستعرف أصله في كتاب البيوع إن شاء الله . وأما اختلافهم في الوقت فإنه يتصور في السكالي والذى يجبى على أصل قول مالك فيه في المشهور عنه أن القول في الأجل قول الغارم قياساً على البيع وفيه خلاف ويتصور أيضاً متى يجب هل قبل الدخول أو بعده فن شبه النكاح بالبيع قال لا يجب إلا بعد الدخول قياساً على البيع إذ لا يجب الثمن على المشتري إلا بعد قبض السلعة ومن رأى أن الصداق عبادة تشترط في الجملة قال يجب قبل الدخول ولذلك استحب مالك أن يقدم الزوج قبل الدخول شيئاً من الصداق .

* (الركن الثالث في معرفة محل العقد) *

وكل امرأة فأنه انحل في الشرع بوجهين إما بنكاح أو بملك يمين والموانع الشرعية بالجملة تنقسم أولاً إلى قسمين موانع مؤبدة وموانع غير مؤبدة والموانع المؤبدة تنقسم إلى متفق عليها ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاث سبب وصهر ورضاع والمختلف فيها الزنا واللعان والغريم مؤبدة تنقسم إلى تسعة أحدها مانع العدد، والثاني مانع الجمع، والثالث مانع الرق، والرابع مانع الكفر، والخامس مانع الإحرام، والسادس مانع المرض، والسابع مانع العدة على اختلاف في عدم

تأبيده والثامن مانع التطليق ثلاثاً للمطلق، والتاسع مانع الزوجية، فالمنوع الشرعية بالجملة
أربعة عشر مانعاً ففي هذا الباب أربعة عشر فصلاً ١٠

(الفصل الأول في مانع النسب)

واتفقوا على أن النساء اللاتي يحرم من قبل النسب السبع المذكورات في القرآن الامهات
والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت واتفقوا على أن
الامهنا اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الام أو من جهة الاب والبنات اسم لكل
أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة . وأما الاخت فهو اسم لكل أنثى
شاركته في أحداصليك أو مجموعيهما أعني الاب والام أو كليهما والعمه اسم لكل أنثى هي
أخت لابيك أو لكل ذكر له عليك ولادة . وأما الخاله فهو اسم لاخت امك أو اخت كل أنثى
لها عليك ولادة وبنات الاخ اسم لكل أنثى لا خيك عليها ولادة من قبل امها أو من قبل أبيها
أو مباشرة وبنات الاخت اسم لكل أنثى لا ختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل امها أو من
قبل أبيها فهو لألأعيان السبع محرمات ولا خلاف أعلمه في هذا الجملة والأصل فيها قوله
تعالى (حرمت عليكم) الى آخر الآية وأجمعوا على أن النسب الذي يحرم الوطء بنكاح
يحرم الوطء بملك اليمين .

(الفصل الثاني في المصاهرة)

وأما المحرمات بالمصاهرة فانهن أربع زوجات الآباء والأصل فيه قوله تعالى (ولا
تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء) الآية وزوجات الأبناء والأصل في ذلك ايضاً قوله تعالى
(وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وأمهات النساء ايضاً والأصل في ذلك قوله تعالى
(وأمهات نسائكم) وبنات الزوجات والأصل فيه قوله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم
من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) فهو لألأربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس
العقد وهو تحریم زوجات الآباء والأبناء واحدة بالدخول وهي ابنة الزوج واختلقتوا منها
في موضعين، أحدهما هل من شرطها أن تكون في حجر الزوج، والثانية هل تحرم بالمباشرة للام
لذة أو بالوطء . وأما أم الزوج فانهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أو بالعتد على البنت فقط

واختلفوا ايضا من هذا الباب في مسألة رابعة وهي هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجب النكاح الصحيح او النكاح يشبهه فهنا ربع مسائل .

المسئلة الاولى ١٤ وهي هل من شرط تحريم بنت الزوجة ان تكون في حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه فان الجمهور على ان ذلك ليس من شرط التحريم وقال داود ذلك من شرطه . ومبنى الخلاف هل قوله تعالى (اللاتي في حجوركم) وصف له تأثير في الحرمة او ليس له تأثير وانما خرج مخرج الموجود الاكثر فن قال خرج مخرج الموجود الاكثر وليس هو شرط في الرائب اذ لا فرق في ذلك بين التي في حجره والتي ليست في حجره قال تحريم الربيبة باطلاق ومن جعله شرطاً غير معقول المعنى قال لا تحرم الا اذا كانت في حجره .

المسئلة الثانية ١٥ وأما هل تحرم البنت مباشرة الام فقط او بالوطء فانهم اتفقوا على ان حرمتها بالوطء واختلفوا فيما دون الوطء من اللمس والنظر الى الفرج لشهوة أو لغير شهوة هل ذلك يحرم أم لا فقال مالك والثوري وأبو حنيفة والاوزاعي والليث بن سعد ان اللمس لشهوة يحرم الام وهو أحد قولي الشافعي وقال داود والمنزى لا يحرمها الا الوطء وهو أحد قولي الشافعي المختار عنده والنظر عند مالك كاللمس اذا كان نظراً لذو ألى أى عضو كان وفيه عنه خلاف ووافقه أبو حنيفة في النظر الى الفرج فقط وحمل الثوري النظر بحمل اللمس ولم يشترط اللذة وخالفهم في ذلك ابن أبى ليلى والشافعي في أحد قولييه فلم يوجب في النظر شيئاً وأوجب في اللمس * ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول في قوله تعالى «اللاتي دخلن من» الوطء أو التلذذ بما دون الوطء فان كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر أم لا .

(المسئلة الثالثة) وأما الام فذهب الجمهور من كافة فقهاء الامصار الى انها تحرم بالعمد على البنت دخولها او لم يدخل وذبح قوم الى ان الام لا تحرم الا بالدخول على البنت كالحال في البنت اعني انها لا تحرم الا بالدخول على الام وهو مروى عن علي وابن عباس رضى الله عنهما من طرق ضعيفة ومبنى الخلاف هل الشرط في قوله تعالى (اللاتي دخلن من) يعود الى اقرب مذكور وهم الرائب فقط او الى الرائب والامهات المذكورات قبل الرائب في قوله تعالى «وامهات نسائكم ور بائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلن من» فانه يحتمل ان يكون قوله اللاتي دخلن من يعود على الامهات البنات ويحتمل ان يعود الى اقرب مذكور وهم البنات . ومن الحجة للجمهور ما روى المثني بن الصبيح عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي عليه الصلاة والسلام قال ايما رجل نكح امرأة فدخل بها او لم يدخل فلا تحل

لدامها

(واما المسئلة الرابعة) فاختلفوا في الزنا هل يوجب من التحريم في هؤلاء ما يوجب الوطء في نكاح صحيح او شبهه أعنى الذى يدرأ فيه الحد فقال الشافعى الزنا بالمرأة لا يحرم نكاح امها ولا ابنتها ولا نكاح ابى الزانى لها ولا ابنه وقال ابو حنيفة والثورى والاوزاعى يحرم الزنا ما يحرم النكاح وامام مالك فى الموطأ عنه مثل قول الشافعى انه لا يحرم وروى عنه ابن القاسم مثل قول ابى حنيفة انه يحرم وقال سحنون اصحاب مالك يحالفون ابن القاسم فيها ويذهبون الى ما فى الموطأ وقد روى عن الليث ان الوطء بشبهة لا يحرم وهو شاذ * وسبب الخلاف الاشتراك فى اسم النكاح أعنى فى دلالة على المعنى الشرعى واللغووى فنراعى الدلالة اللغوية فى قوله تعالى « ولا تكموا ما كح أبؤكم » قال يحرم الزنا ومن راعى الدلالة الشرعية قال لا يحرم الزنا ومن علل هذا الحكم بالحُرمة التى بين الام والبنت وبين الاب والابن قال يحرم الزنا ايضا ومن شبهه بالنسب قال لا يحرم لاجتماع الاكثر على ان النسب لا يلحق بالزنا ، واتفقوا فيما حكى ابن المنذر على ان الوطء بملك الميمن يحرم منه ما يحرم الوطء بالنكاح * واختلفوا فى تأثير المباشرة فى ملك الميمن كما اختلفوا فى النكاح .

﴿ الفصل الثالث فى مانع الرضاع ﴾

واتفقوا على ان الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب أعنى ان المرضعة تنزل منزلة الام فتحرم على المرضع هى وكل من يحرم على الابن من قبل ام النسب * واختلفوا من ذلك فى مسائل كثيرة الفواعل منها تسع . احداها فى مقدار المحرم من اللبن . والثانية فى سن الرضاع والثالثة فى حال المرضع فى ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتاً خاصاً والرابعة هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتمسك الثدي أولاً لا يعتبر * والخامسة هل يعتبر فيه المخالطة أم لا يعتبر * والسادسة هل يعتبر فيه الوصول من الحلق أولاً لا يعتبر * والسابعة هل ينزل صاحب اللبن أعنى الزوج من المرضع منزلة أب وهو الذى يسمونه لبن الفحل أم ليس ينزل منه منزلة أب * والثامنة الشهادة على الرضاع والتاسعة صفة المرضعة .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ امام مقدار المحرم من اللبن فان قوماً قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب مالك واصحابه وروى عن علي وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس وهؤلاء يحرم عندهم أى قدر كان وبه قال ابو حنيفة واصحابه والثورى والاوزاعى وقالت طائفة بتحديد

التدرا المحرم وهو لا عا قسموا ثلاث فرق فقالت طائفة لا تحرم المصصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها وبه قال أبو عبيد وأبو ثور وقالت طائفة المحرم خمس رضعات وبه قال الشافعي وقالت طائفة عشر رضعات * والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة معارضة عموم الكتاب للأحاديث الواردة في التحديد ومعارضة الأحاديث في ذلك بعضها بعضها فاما عموم الكتاب فقولہ تعالیٰ (وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ) الآية وهذا يقتضي ما ينطاق عليه اسم الارضاع والاحاديث المتعارضة في ذلك راجعة الى حديثين في المعنى، أحدهما حديث عائشة وما في معناه انه قال عليه السلام : لا تحرم المصصة ولا المصتان أو الرضعة والرضعتان خرجته مسلم من طريق عائشة ومن طريق أم الفضل ومن طريق ثالث وفيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان : والحديث الثاني حديث سہلۃ في سالم انه قال له النبي صلى الله عليه وسلم : أرضعيه خمس رضعات وحديث عائشة في هذا المعنى أيضاً قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن فن رجح ظاهر القرآن على هذه الاحاديث قال تحرم المصصة والمصتان ومن جعل الاحاديث مفسرة للآية وجمع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب في قوله عليه السلام : لا تحرم المصصة ولا المصتان على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم قال الثلاثة فما فوقها هي التي تحرم وذلك أن دليل الخطاب في قوله : لا تحرم المصصة ولا المصتان يقتضي أن ما فوقها يحرم ودليل الخطاب في قوله : أرضعيه خمس رضعات يقتضي أن ما دونها لا يحرم والنظر في ترجيح أحد دليلي الخطاب

المسئلة الثانية * واعتقوا على أن الرضاع يحرم في الحولين واختلوا في رضاع الكبير فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وكافة الفقهاء لا يحرم رضاع الكبير وذهب داود وأهل الظاهر الى أنه يحرم وهو مذهب عائشة ومذهب الجمهور وهو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبي عليه السلام * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك انه ورد في ذلك حديثان ، أحدهما حديث سالم وقد تقدم ، والثاني حديث عائشة خرجته البخاري ومسلم قالت : دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندي رجل فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب في وجهه فقلت يا رسول الله انه أخي من الرضاعة فقال عليه الصلاة والسلام : انظرن من اخوانكن من الرضاعة فان الرضاعة من المجاعة فمن ذهب الى ترجيح هذا الحديث قال لا يحرم اللبن الذي لا يقوم للرضع مقام الغذاء الا أن حديث سالم نازلة في

عين وكان سائر أزواج النبي صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسالم ومن رجع حديث سالم وعلل حديث عائشة لأنها لم تكن تعمل به قال يحرم رضاع الكبير .

﴿المسئلة الثالثة﴾ واختلقوا اذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم أرضعته امرأة فقتل مالك لا يحرم ذلك الرضاع . وقال أبو حنيفة والشافعي تثبت الحرمة به * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : فإما الرضاعة من المجاعة فإنه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذي يكون في سن المجاعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع ويحتمل أن يريد إذا كان الطفل غير مغمطوم فإن فطم في بعض الحولين لم يكن رضاع من المجاعة فلا اختلاف آيل الى أن الرضاع الذي سببه المجاعة والافتقار الى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعي للاطفال وهو الافتقار الذي سببه سن الرضاع أو افتقار المرضع نفسه وهو الذي يرتفع بالطم ولكن موجد بالطبع والقائلون بتأثير الرضاع في مدة الرضاع سواء من اشترط منهم الفطام أو لم يشترطه اختلفوا في هذه المدة فقال هذه المدة حولان فقط وبه قال زفر واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين وفي قول الشبر عنه وفي قول عنه الى ثلاثة أشهر وقال أبو حنيفة حولان وستة شهور * وسبب اختلافهم ما يظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم وذلك أن قوله تعالى «والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين» يؤهم أن ما زاد على هذين الحولين ليس هو رضاع مجاعة من اللبن وقوله عليه الصلاة والسلام : إمام الرضاعة من المجاعة يقتضى عمومها أن مادام الطفل غداؤه اللبن أن ذلك الرضاع محرم .

(المسئلة الرابعة) وأما هل يحرم الوجور واللدود وبالجملة ما يصل الى الخلق من غير رضاع فإن ما لا يكافى يحرم الوجور واللدود وقال عطاء وداود لا يحرم * وسبب اختلافهم هل المعتبر وصول اللبن كيفما وصل الى الجوف أو وصوله على الجهة المعتادة فن راعى وصوله على الجهة المعتادة وهو الذى ينطلق عليه اسم الرضاع قال لا يحرم الوجور ولا اللدود ومن راعى وصول اللبن الى الجوف كيفما وصل قال يحرم .

(المسئلة الخامسة) وأما هل من شرط اللبن الحريم اذا وصل الى الخلق أن يكون غير مختلط لغيره فإنهم اختلفوا في ذلك أيضاً فقال ابن القاسم اذا استهلك اللبن في ماء أو غيره ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وقال الشافعي وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من أصحاب مالك تقع به الحرمة بمنزلة ما لو اتقرد اللبن أو كان مختلطاً لم تذهب عينه * وسبب

اختلافهم هل يبقى اللبن حكم الحرمة اذا اختلط بغيره أم لا يبقى به حكمها كالحال في النجاسة اذا خلطت الحلال الطاهر والاصل المعتبر في ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يظهر اذا حاله شيء طاهر .

(المسئلة السادسة) وأما هل يعتبر فيه الوصول الى الحلق أو لا يعتبر فانه يشبه أن يكون هذا هو سبب اختلافهم في السعوط باللبن والحفنة به و يشبه أن يكون اختلافهم في ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الاعضاء أو لا يصل .

(المسئلة السابعة) وأما هل يصير الرجل الذي له اللبن أعنى زوج المرأة أبا للمرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلهما ما يحرم من الآباء والابناء الذين من النسب وهي التي يسمونها لبن الفحل فاهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وأحمد والاوزاعي والثوري لبن الفحل يحرم وقالت طائفة لا يحرم لبن الفحل وبالأول قال علي وابن عباس وبالتول الثاني قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر . وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور أعنى آية الرضاع وحديث عائشة هو قالت جاء أفلح اخو ابى القعيس يستأذن على بعد أن أنزل الحجاب فابيت ان آذن له ومساءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه عمك فأذنى له فقلت يا رسول الله انما أَرْضَعْتِى المرأة ولم يَرْضَعْنِى الرجل فقال انه عمك فليلج عليك خرجه البخارى ومسلم ومالك من رأى أن ما فى هذا الحديث شرع زائد على ما فى الكتاب وهو قوله تعالى (وأما تكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) وعلى قوله صلى الله عليه وسلم : يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة قال لبن الفحل يحرم ومن رأى أن آية الرضاع وقوله يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة إنما ورد على جهة التأصيل لحكم الرضاع اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال ذلك الحديث ان عمل بمقتضاه أوجب أن يكون ناسخاً لهذه الاصول لان الزيادة المغيرة للحكم ناسخة مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل وهي الراوية للحديث ويصعب رد الاصول المنتشرة التي تقتضيهما التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالا حادىث النادرة وبخاصة التي تكون في عين ولذلك قال عمر رضى الله عنه في حديث فاطمة بنت قيس : لا ترك كتاب الله لحديث امرأة

(المسئلة الثامنة) وأما الشهادة على الرضاع فان قوماً قالوا لا تقبل فيه الا شهادة امرأتين وقوم قالوا لا تقبل فيه الا شهادة أربع وبه قال الشافعي وعطاء وقوم قالوا تقبل فيه شهادة امرأة واحدة والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط في ذلك فشقو لهما بذلك

قبل الشهادة وهو مذهب مالك وابن القاسم ومنهم من لم يشترطه وهو قول مطرف وابن
 الماجشون والذين أجازوا أيضاً شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فسوقها قبل
 الشهادة وهو مذهب أبي حنيفة ومنهم من اشترط ذلك وهي رواية عن مالك وقد روى عنه
 انه لا تجوز فيه شهادة أقل من اثنين * والسبب في اختلافهم أما بين الاربع والاثنتين
 فاختلافهم في شهادة النساء هل عدل كل رجل هو امرأتان فيا ليس يمكن فيه شهادة الرجل
 أو يكفي في ذلك امرأتان وستأني هذه المسئلة في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى . وأما
 اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الاثر الوارد في ذلك للاصل المجمع عليه أعني
 انه لا يقبل من الرجال أقل من اثنين وأن حال النساء في ذلك إما أن يكون أضعف من حال
 الرجال وإما أن تكون أحوالهم في ذلك مساوية للرجال والاجماع منعقد على انه لا يقضى
 بشهادة واحدة والامر الوارد في ذلك هو حديث عقبة بن الحارث قال يا رسول الله إني
 تزوجت امرأة فأت امرأة فقالت قد أرضعتك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف
 وقد قيل دعها عنك وحمل بعضهم هذا الحديث على التدب جمعاً بينه وبين الاصول وهو
 أشبه وهي رواية عن مالك .

(المسئلة التاسعة) وأما صفة المرضعة فانهم اتفقوا على انه يحرم لبن كل امرأة بالغ وغير بالغ
 واليايسة من الحيض كان لها زوج أو لم يكن حاملاً كانت أو غير حامل وشذ بعضهم فأوجب
 حرمة اللبن للرجل وهذا غير موجود فضلاً عن أن يكون له حكم شرعي وان وجد فليس لبناً إلا
 الاشتراك الاسم واختلفوا من هذا الباب في لبن الميتة * وسبب الخلاف هل يتناولها
 العموم أو لا يتناولها ولبن الميتة ان وجد لها الاشتراك الاسم ويكاد أن تكون مسئلة غير
 واقعة فلا يكون لها وجود إلا في القول .

* (الفصل الرابع في مانع الزنا) *

واختلفوا في زواج الزانية فأجازها الجمهور ومنهم ما قوم * وسبب اختلافهم اختلافهم في
 مفهوم قوله تعالى (والزانية لا ينكحها الا اذان أو مشرك وحرّم ذلك على المؤمنين) هل خرج
 مخرج الذم أو مخرج التحريم وهل الإشارة في قوله وحرّم ذلك على المؤمنين الى الزنا وإلى
 النكاح وانما صار الجمهور لحمل الآية على الذم لا على التحريم لما جاء في الحديث ان رجلاً قال
 للنبي صلى الله عليه وسلم في زوجته انها لا ترد دلامس فقال له النبي عليه الصلاة والسلام :
 طلقها فقال له اني احبها فقال له فامسكها وقال قوم ايضاً ان الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا
 (٣ — بدايه ني)

الاصل وبه قال الحسن . واما زواج الملاعة من زوجها الملاعن فسنذكرها في كتاب اللعان .

(الفصل الخامس في مانع العدد)

واتفق المسلمون على جواز نكاح اربعة من النساء معا وذلك للاحرار من الرجال واختلفوا في موضعين في العيب وفيما فوق الاربع اما العيب فقال مالك في المشهور عنه يجوز له ان ينكح اربعا وبه قال اهل الظاهر وقال ابو حنيفة والشافعي لا يجوز له الجمع الا بين اثنتين فقط * وسبب اختلافهم هل العبودية لها تأثير في اسقاط هذا العدد كما لها تأثير في اسقاط نصف الحد الواجب على الحر في الزنا وكذلك في الطلاق عند من رأى ذلك وذلك ان المسلمين اتفقوا على تنصيف حده في الزنا اعني ان حده نصف حد الحر واختلفوا في غير ذلك واما ما فوق الاربع فان الجمهور على انه لا يجوز الخامسة لقوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) ولما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لغيلان لما اسلم وتحتة عشر نسوة : أمسك اربعا وفارق سائرهن وقالت فرقة يجوز تسع ويشبهه ان يكون من اجاز التسع ذهب مذهب الجمع في الآية المذكورة اعني جمع الاعداد في قوله تعالى (مثنى وثلاث ورباع) .

(الفصل السادس في مانع الجمع)

واتفقوا على انه لا يجمع بين الاختين بعقد نكاح لقوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) واختلفوا في الجمع بينهما بملك اليمين والفقهاء على منعه وذهبت طائفة الى اباحة ذلك * وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) لعموم الاستثناء في آخر الآية وهو قوله تعالى (الا ما ملكت أيمانكم) وذلك أن هذا الاستثناء يحتمل أن يعود لأقرب مذكور ويحتمل أن يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم الا ما وقع الاجتماع على انه لا تأثير له فيه فيخرج من عموم قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) ملك اليمين ويحتمل أن لا يعود الا الى أقرب مذكور فيبقى قوله وأن تجمعوا بين الاختين على عمومه ولا سيما ان علنا ذلك بعلة الاخوة أو بسبب موجود فيهما واختلف الذين قالوا بالمنع في ملك اليمين اذا كانت احدهما بنكاح والاخرى بملك يمين فمنعه مالك وأبو حنيفة وأجازة الشافعي وكذلك اتفقوا فيما أعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها الثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام من حديث أبي هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من انه قال عليه

الصلاة والسلام: لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها واقتفوا على أن العمة ههنا هي كل أنثى هي أخت لذكركه عليك ولادة ما بنفسه واما بواسطة ذكر آخر وان الخالته هي كل أنثى هي أخت لكل أنثى لها عليك ولادة ما بنفسها واما بتوسط انثى غيرها وهن الحرات من قبل الام واختلفوا هل هذا من باب الخاص أو يذهب الخاص أم هو من باب الخاص أو يذهب العام والذين قالوا هو من باب الخاص أو يذهب العام اختلفوا أي عام هو المقصود به فقال قوم وهم الاكثر وعليه الجمهور من فقهاء الامصار هو خاص أو يذهب الخاص فنظروا وان التحريم لا يتعدى الى غير من نص عليه وقال قوم هو خاص والمراد به العموم وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة أو غير محرمة فلا يجوز الجمع عندهن ولا بين ابنتي عم أو عمة ولا بين ابنتي خال أو خالة ولا بين المرأة وبنت عمها او بنت عمتها ولا بينهما وبين بنت خالتها وقال قوم انما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة أعني لو كان أحدهما ذكراً والاخر أنثى لم يحز لهما أن يتناكحا ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى ان يعتبر هذان الطرفين جميعاً أعني اذا جعل كل واحد منهما ذكراً والاخر أنثى فلم يحز لهما أن يتناكحا هؤلاء لا يحل الجمع بينهما . واما ان جعل في أحد الطرفين ذكر يحرم الزوج ويحرم من الطرف الاخر فان الجمع يجوز كالحال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها فانه ان وضعنا البنت ذكراً لم يحل نكاح المرأة منه لانها زوج ابيه وان جعلنا المرأة ذكراً أحل لها نكاح ابنة الزوج لانها تكون ابنة لاجنبي وهذا القانون هو الذي اختاره اصحاب مالك وأولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها

(الفصل السابع في موانع الرق)

واتقوا على أنه يجوز للعبد ان ينكح الامة وللحرة أن تنكح العبد اذا رضيت بذلك هي وأولياؤها واختلفوا في نكاح الحر الامة فقال قوم يجوز باطلاق وهو المشهور من مذهب ابن القاسم وقال قوم لا يجوز الا بشرطين ، عدم الطول ، وخوف العنت وهو المشهور من مذهب مالك وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي * والسبب في اختلافهم معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح) الآية لعموم قوله (وأنكحوا الايامي منكم والصالحين) الآية وذلك ان مفهوم دليل الخطاب في قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية يقتضي أنه لا يحل نكاح الامة الا بشرطين ، أحدهما عدم الطول الى الحرية ، والثاني خوف العنت وقوله تعالى (وأنكحوا الايامي منكم) يقتضي بعمومه انكاحهن من حرا وعبد واحدا كان الحر أو غير واحد خائفا للعنت او غير خائف لكن دليل الخطاب اقوى ههنا

والله أعلم من العموم لأن هذا العموم لم يعرض فيه إلى صفات الزوج المشترطة في نكاح
 الماء وإنما المقصود به إلا مراً بنكاحين ولا يجوز أن يكون على النكاح وهو أيضاً محمول على التنب
 عند الجمهور مع ما في ذلك من إرفاق الرجل ولده واختلفوا من هذا الباب في فرعين مشهورين
 أعني الذين لم يجزوا النكاح إلا بالشرطين المنصوص عليهما، أحدهما إذا كانت تحتها حرة هل
 هي طول أو ليست بطول فقال أبو حنيفة هي طول وقال غير ذلك بطول وعن مالك في ذلك
 القولان، والمسئلة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح أكثر من أمة واحدة
 ثلاث أو أربع أو ثنتان فمن قال إذا كانت تحتها حرة فليس يخاف العنت لأنه غير عزب قال
 إذا كانت تحتها حرة لم يجز له نكاح الأمة ومن قال خوف العنت إنما يعتبر بإطلاق سواء كان
 عزباً أو متأهلاً لأنه قد لا تكون الزوجة الأولى مائة من العنت وهو لا يقدر على حرة تمنعه
 من العنت فله أن ينكح أمة لأن حاله مع هذه الحرة في خوف العنت كحال قبلها وبخاصة إذا
 خشي العنت من الأمة التي يريد نكاحها وهذا بعينه هو السبب في اختلاف فهم هل ينكح أمة ثانية
 على الأمة الأولى أو لا ينكحها وذلك أن من اعتبر بخوف العنت مع كونه عزباً إذا كان
 الخوف على العزب أكثر قال لا ينكح أكثر من أمة واحدة ومن اعتبر به مطلقاً قال ينكح
 أكثر من أمة واحدة وكذلك يقول أنه ينكح على الحرة واعتباره مطلقاً فيه نظر وإذا قلنا إن له
 أن يتزوج على الحرة أمة فزوجهما بغير إذنهما فهل لها الخيار في البقاء معه أو في فسخ النكاح
 اختلف في ذلك قول مالك واختلفوا إذا وجد طولاً بحرة هل يفارق الأمة أم لا ولم يختلفوا أنه
 إذا ارتفع عنه خوف العنت أنه لا يفارقها أعني أصحاب مالك وانفقوا من هذا الباب على أنه
 لا يجوز أن تنكح المرأة من ملكته وإنها إذا ملكت زوجها انفسخ النكاح.

❦ الفصل الثامن في مانع الكفر ❦

وانفقوا على أنه لا يجوز للمسلم أن ينكح الوثنية لقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر)
 واختلفوا في نكاحها بالملك على أنه يجوز أن ينكح الكتابية الحرة إلا ما روى في ذلك عن
 ابن عمر واختلفوا في إحلال الكتابية للأمة بالنكاح وانفقوا على إحلالها بملك اليمين*
 والسبب في اختلافهم في نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا
 بعصم الكوافر) وعموم قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن) وعموم قوله
 (والحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم) وهن المسيبات وظاهر هذا يقتضي العموم

سواء كانت مشركة او كتابية والجمهور على منعها والجواز قال طاوس ومجاهد ومن الحجة لهم ما روى من نكاح المسييات في غزوة اوطاس اذ استأذنه في العزل فأذن لهم وانما صار الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الاحرار بالعقد لان الاصل بناء الخصوص على العموم اعني ان قوله تعالى «والحصات من الذين أوتوا الكتاب» هو خصوص وقوله (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) هو عموم فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ومن ذهب الى تحريم ذلك جعل العام ناسخاً للخاص وهو مذهب بعض الفقهاء واما الاختلاف في احلال الامة الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم في ذلك القياس وذلك ان قياسها على الحرية يقتضى اباحة تزويجها وباقي العموم اذا استثنى منه الحرية يعارض ذلك لانه يوجب تحريمها على قول من يرى أن العموم اذا خصص بقى الباقي على عمومته فمن خصص العموم الباقي بالقياس أو لم يرب الباقي من العموم المخصص عموماً قال لا يجوز نكاح الامة الكتابية ومن رجع باقى العموم بعد التخصيص على القياس قال لا يجوز نكاح الامة الكتابية وهذا ايضا سبب آخر لاختلافهم وهو معارضة دليل الخطاب للقياس وذلك ان قوله تعالى (من فتياكم المؤمنات) يوجب أن لا يجوز نكاح الامة الغير مؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرية يوجب ذلك والقياس من كل جنس يجوز فيه النكاح بالنزويح ويجوز فيه النكاح بملك اليمين أصله المسلمات والطائفة الثانية ان ثم لم يحز نكاح الامة المسلمة بالنزويح الا بشرط فاحرى ان لا يجوز نكاح الامة الكتابية بالنزويح واما الفقهاء على احلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى (إلا ما ملكت أيمانكم) ولا جماعهم على أن السبي محل المسيية الغير منزوجة وانما اختلفوا في المنزوجة هل يهدم السبي نكاحها وان هدم فتى يهدم فقال قوم ان سبيامعاً أعني الزوج والزوجة لم يفسخ نكاحهما وان سبي أحدهما قبل الآخر انفسخ النكاح وبه قال أبو حنيفة وقال قوم بل السبي يهدم سبيامعاً أو سبي أحدهما قبل الآخر وبه قال الشافعي وعن مالك قولان أحدهما ان السبي لا يهدم النكاح أصلاً والثاني انه يهدم باطلاق مثل قول الشافعي * والسبب في اختلافهم هل يهدم اولاً يهدم هو تردد المستترين الذين امنوا من القتل بين نساء الذميين أهل العدو وبين الكافرة التي لا زوج لها والمستأجرة من كافر واما نفي أبي حنيفة بين ان يسبيامعاً وبين ان يسبي أحدهما فلان المؤثر عنده في الاحلال هو اختلاف الدار بهما لا الرق والمؤثر في الاحلال عند غيره هو الرق وانما النظر هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية والا شبه أن لا يكون للزوجية ههنا حرمة لان محل الرق وهو الكفر هو سبب الاحلال وأما تشبيهها

بالذمية فبعد لان الذمي انما اعطى الجزية بشرط أن يقر على دينه فضلا عن نكاحه .

﴿ الفصل التاسع في مانع الاحرام ﴾

واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والاوزاعي واحمد لا ينكح المحرم ولا ينكح فان فعل فالنكاح باطل وهو قول عمر بن الخطاب وعلى وابن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة لا بأس بذلك * وسبب اختلافهم تعارض النقل في هذا الباب فمنه حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نكح ميمونة وهو محرم وهو حديث ثابت النقل - خرجته اهل الصحيح وعارضه احاديث كثيرة عن ميمونة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : تزوجها وهو حلال قال أبو عمر روي عنهما من طرق شتى من طريق أبي رافع ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها وعن زيد بن الاصم وروى مالك ايضا من حديث عثمان بن عفان مع هذا انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا ينكح فمَنْ رجح هذه الاحاديث على حديث ابن عباس قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ومن رجح حديث ابن عباس اوجع بينه وبين حديث عثمان بن عفان بأن حمل النهي الوارد في ذلك على الكراهية قال ينكح وينكح وهذا راجع الى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع أو تغليب القول .

﴿ الفصل العاشر في مانع المرض ﴾

واختلفوا في نكاح المريض فقال أبو حنيفة والشافعي يجوز وقال مالك في المشهور عنه انه لا يجوز ويتخرج ذلك من قوله انه يفرق بينهما وان صح ويتخرج من قوله ايضا انه لا يفرق بينهما ان التفريق مستحب غير واجب * وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة وذلك انه لا تجوز هبة المريض الا من الثلث ويجوز بيعه ولا اختلافهم ايضا سبب آخر وهو هل يتم على إضرار الورثة بادخال وارث زائد أو لا يتم . وقياس النكاح على الهبة غير صحيح لانهم اتفقوا على ان الهبة تجوز اذا حملها الثلث ولم يعتبر والنكاح هنا بالثلث ورجحوا النكاح بادخال وارث قياس مصلحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء وكونه بوجوب مصلح لم يعتبرها الشرع الا في جنس بعيد من الجنس الذي يرام فيه اثبات الحكم بالمصلحة حتى ان قوما رأوا ان القول بهذا القول شرع زائد واعمال هذا القياس بوهن ما في الشرع من التوقيف وانه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز النقصان والتوقف أيضا عن اعتبار المصلح تطرق للناس أو

ينصرفوا لعدم السنن التي في ذلك الجنس الى الظلم فلتفوض أمثال هذه المصالح الى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يتهمون بالحكم بها وبخاصة اذا فهم من أهل ذلك الزمان اشتغال بظواهر الشرائع نظراً الى الظلم وجد عمل الفاضل العالم في ذلك ان ينظر الى شواهد الحال فان دلت الدلائل على انه قصد بالنكاح خيراً لا يمنع النكاح وان دلت على انه قصد الاضرار بورثته منع من ذلك كما في أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناع الشئ وضده مما اكتسبوا من قوة مهنتهم اذ لا يمكن ان يجد في ذلك حدمؤقت صناعي وهذا كثيراً ما يعرض في صناعة الطب وغيرها من الصنائع المختلفة .

﴿ الفصل الحادي عشر في مانع العدة ﴾

وانفقوا على ان النكاح لا يجوز في العدة كانت عدة حيض أو عدة حمل أو عدة أشهر . واختلعهوا في من تزوج امرأته في عدتها ودخل بها فقال مالك والا و زاعى والليث يفرق بينهما ولا تحل له أبداً . وقال ابو حنيفة والشافعي والثوري يفرق بينهما اذا انقضت العدة بينهما فلا بأس في تزويجها مرة ثانية * وسبب اختلافهم هل قول الصاحب حجة ام ليس بحجة وذلك ان مالكا وروى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ان عمر بن الخطاب فرق بين طليحة الاسدي وبين زوجها راشد التقي لما تزوجها في العدة من زوج ثان وقال أيعا امرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فارق بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من الاول ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب وان كان دخل بها فارق بينهما ثم اعتدت ببقية عدتها من الاول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبداً قال سعيد ولها مهرها بما استحل منها ور بما عاضد وهذا القياس بقياس شبهه ضعيف مختلف في أصله وهو انه ادخل في النسب شبهة فأشبهه الملا عن و روى عن علي وابن مسعود مخالفة عمر في هذا والاصل انها لا تحرم الا ان يقوم على ذلك دليل من كتاب او سنة او اجماع من الامة وفي بعض الروايات ان عمر كان قضى بتحريرها وكون المهر في بيت المال فلما بلغ ذلك عليا اسكره فرجع عن ذلك عمر وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريرها عليه رواد الثوري عن اشعث عن الشعبي عن مسروق . وأما من قال بتحريرها بالعقد فهو ضعيف وأجمعوا على انه لا توطأ حامل مسبية حتى تضع لتواتر الاخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلّفوا ان وطئ هل يعتق عليه الولد ولا تعتق والجمهور على انه لا تعتق وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر في خلقتها او غير مؤثر فان قلنا انه مؤثر كان لها بنا بحجة ما وان قلنا انه ليس بمؤثر لم يكن

ذلك وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال كيف يستعبد وقد غداه في سمعه وبصره . واما النظر في مانع التطلق ثلاثا فسيأتي في كتاب الطلاق .

(الفصل الثاني عشر في مانع الزوجية)

وأما مانع الزوجية فانهم اتفقوا ان الزوجية بين المسامين مانعة وبين الذميين واختلفو في المسبية على ما تقدم واختلفو ايضا في الامة اذا بيعت حل يكون بيعها طلاقا فالجهم وروى عن ابن عباس بطلاق وقال قوم هو طلاق وهو مروي عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وأبي بن كعب وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لعموم قوله تعالى (الا ما ملكت أيمانكم) وذلك أن قوله تعالى (الا ما ملكت أيمانكم) يقتضى السيدات وغيرهن وتخيير بريرة بوجوب ان لا يكون بيعها طلاقا لانه لو كان بيعها طلاقا لما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق ولكن نفس شراء عائشة لها طلاقا من زوجها والحجة للجهمور ما خرج ابن أبي شبة عن أبي سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية فاصابوا حيامن العرب يوم او طاس فمزموهم وقتلوه وصابوا لهم نساء هن ازواج وكان ناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ثاقما من غشيانهم من أجل ازواجهن فانزل الله عز وجل (والحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) وهذه المسئلة هي أليق بكتاب الطلاق فهذه هي جملة الاشياء المصححة للانكحة في الاسلام وهي كما قلنا راجعة الى ثلاثة اجناس ، صفة العاقد والمعقود عليهما ، وصفة العقد ، وصفة الشروط في العقد . واما الانكحة التي انعقدت قبل الاسلام ثم طرأ عليها الاسلام فانهم اتفقوا على أن الاسلام اذا كان منه مامعا أعني من الزوج والزوجة وقد كان انعقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها في الاسلام ان الاسلام يصحح ذلك واختلفو في موضعين ، أحدهما اذا انعقد النكاح على أكثر من أربع أو على من لا يجوز الجمع بينهما في الاسلام ، والموضع الثاني اذا أسلم أحدهما قبل الآخر . فاما المسئلة الاولى ^١ وهي اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أسلم وعنده أختان فان مالكا قال يختار منهن أربعاً ومن الاختين واحدة أيتهما شاء وبه قال الشافعي وأحمد وداود وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى يختار الاوائل منهن في العقد فان تزوجهن في عقد واحد فرق بينهما وبينهن وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك اذا أسلم وعنده أختان فارقهما جميعا ثم استأف نكاح أيتهما شاء ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك غيره * وسبب اختلافهم معارضة القياس للآثر وذلك انه ورد في ذلك أثران ، أحدهما

مرسل مالك ان غيلان بن سلامة التقي أسلم وعنده عشرة نسوة أسلمن معه فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعا والحديث الثاني حديث قيس بن الحارث انه أسلم على الاختين فقال لرسول الله صلى الله عليه وسلم اخترايتهما شئت وأما القياس المخالف لهذا الاثر فنشبيه العتد على الاو اخر قبل الاسلام بالعتد عليهن بعد الاسلام أعني انه كما أن العتد عليهن فاسد في الاسلام كذلك قبل الاسلام وفيه ضعف .

وأما اذا أسلم أحدهما قبل الآخر وهي المسئلة الثانية ثم أسلم الآخر فاتهمم باختلاف في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي انه اذا أسلمت المرأة قبله فانه ان أسلم في عتدها كان أحق بها وان أسلم هو وهي كتابية فنكاحها ثابت لما ورد في ذلك من حديث صفوان بن أمية وذلك ان زوجه ماتت ابنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ثم أسلم هو فآمره رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه قالوا وكان بين اسلام صفوان وبين اسلام امرأته نحو من شهر قال ابن شهاب ولم يلفغا أن امرأة هاجرت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينهما وبين زوجها الا أن يقدم زوجها مهاجرا قبل أن تنقض عتدها . وأما اذا أسلم الزوج قبل اسلام المرأة فاتهمم باختلاف في ذلك فقال مالك اذا أسلم الزوج قبل المرأة وقعت القرقة اذا عرض عليها الاسلام فأبت وقال الشافعي سواء أسلم الرجل قبل المرأة أو المرأة قبل الرجل اذا وقع اسلام المتأخر في العدة ثبت النكاح * وسبب اختلافهم معارضة العموم للاثر والقياس وذلك أن عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعضم السكوا فر) يقتضي المفارقة على الفور . وأما الاثر المعارض لمتنضي هذا العموم فاروى من أن أباسقيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته وكان اسلامه بمر الظهران ثم رجع الى مكة وهند بها كافرة فأخذت بلحيته وقالت اقتلوا الشيخ الضال ثم أسلمت بعده بايام فاستقرا على نكاحهما . وأما القياس المعارض للاثر فلانه يظهر أنه لا فرق بين أن تسلم هي قبله او هو قبلها فان كانت العدة معتبرة في اسلامها قبل فقد يجب ان تعتبر في اسلامها ايضا قبل .

﴿ الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح ﴾

وموجبات الخيار أربعة العيوب ، والاعسار بالصداق أو بالنفقة والكسوة ، والثالث الفقد أعني فقد الزوج ، والرابع العتق للامة المزوجة فيعتقد في هذا الباب أربعة فصول .

﴿التفصيل الأول في خيار العيوب﴾

اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك في موضعين ، أحدهما هل رد بالعيوب أو لا يرد ، والموضع الثاني إذا قلنا انه يرد فمن أيها يرد وما حكم ذلك . فأما الموضع الأول فإن مالكا والشافعي وأصحابهما قالوا العيوب توجب الخيار في الرد أو الامسك وقال أهل الظاهر لا توجب خيار الرد والامسك وهو قول عمر بن عبد العزيز . وسبب اختلافهم شيان ، أحدهما هل قول الصحاح حجة والاخر قياس النكاح في ذلك على البيع فاما قول الصحاح الوارد في ذلك فهو مروي عن عمر بن الخطاب انه قال : أيما رجل تزوج امرأة أو بها جنون أو جذام أو برص وفي بعض الروايات أو قرن فلها صداقها كاملا وذلك غرم لزوجها على وليها . وأما القياس على البيع فإن القائلين بموجب الخيار للعيوب في النكاح قالوا النكاح في ذلك شبيه بالبيع وقال المخالفون لهم ليس شبيهاً بالبيع لاجتماع المسلمين على أنه لا يرد للنكاح بكل عيب يرد به البيع ، وأما الموضع الثاني في الرد بالعيوب فانهم اختلفوا في أي العيوب يرد بها وفي أيها لا يرد وفي حكم الرد فاتفق مالك والشافعي على أن الرديكون من أربعة عيوب ، الجنون ، والجذام ، والبرص ، وداء الفرج الذي يمنع الوطء أما قرن أو رتق في المرأة أو عنة في الرجل أو خصاء واختلف أصحاب مالك في أربع في السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الانف فقيل ترد بها وقيل لا ترد وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري لا ترد المرأة في النكاح إلا بعين فقط القرن . والرتق فاما احكام الرد فإن القائلين بالرد انفقوا على أن الزوج اذا علم بالعيوب قبل الدخول طلق ولا شيء عليه واختلفوا ان علم بعد الدخول والميسس فقال مالك ان كان وليها الذي زوجها ممن يظن به لقر به منها انه عالم بالعيوب مثل الاب والاخ فهو غار يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشيء وان كان بعيدا يرجع الزوج على المرأة بالصداق كله الا ربع دينار فقط وقال الشافعي ان دخل لزمه الصداق كله بالميسس ولا رجوع له عليها ولا على ولي . وسبب اختلافهم تردد تشبيهه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذي وقع فيه الميسس أعنى اتفاقهم على وجوب المهر في الانكحة الفاسدة بنفس الميسس لقوله عليه الصلاة والسلام أيما امرأة نكحت بغير إذن سيدها فأنكحها باطل ولها المهر بما استحل منها فكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيوب في البيوع وبين حكم الانكحة المنقوضة أعنى بعد الدخول وانفق الذين قالوا بفسخ

نكاح العنين انه لا يفسخ حتى يؤجل سنة بخلى بينه وبينها بغير عائق . واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الاربعة ف قيل لان ذلك شرع غير معمول وقيل لان ذلك مما يخفى ومحمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى وقيل لانها يخاف سرايتها الى الابناء وعلى هذا التعليل رد بالسواد والقرع وعلى الاول رد بكل عيب اذا علم انه مما خفى على الزوج

﴿ الفصل الثاني في خيار الاعسار بالصداق والنفقة ﴾

واختلفوا في الاعسار بالصداق فكان الشافعي يقول بخير اذا لم يدخل بها وبه قال مالك . واختلف أصحابه في قدر التلوم له ف قيل ليس له في ذلك حد وقيل سنة وقيل سنتين وقال ابو حنيفة هو غيرهم من الغرماء لا يفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة ولها ان تمنع نفسها حتى يعطيها المهر وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة في ذلك من عدم الوطء تشبيهاً بالأيلاء والعنة . وأما الاعسار بالنفقة فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجاعة يفرق بينهما وهو مروي عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وقال أبو حنيفة والثوري لا يفرق بينهما وبه قال اهل الظاهر * وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة لان الجمهور على القول بالتطليق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر انه اجماع وروى قالوا النفقة في مقابلة الاستمتاع بدليل أن الناشز لا نفقة لها عند الجمهور فاذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار . وأما من لا يرى القياس فانهم قالوا قد ثبتت العصمة بالاجماع فلا تنحل الاجماع او بدليل من كتاب الله أو سنة فبسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس .

﴿ الفصل الثالث في خيار الفقد ﴾

واختلفوا في المفقود الذي تحبل حياته او موته في ارض الاسلام . فقال مالك يضرب لامرأته اجل اربع سنين من يوم ترفع أمرها الى الحاكم فاذا انتهى الكشف عن حياته او موته فحبل ذلك ضرب لها الحلكم الاجل فاذا انتهى اعتدت عدة الوفاة اربعة أشهر وعشراً وحلت قال وأما ماله فلا يرث حتى يأتي عليه من الزمان ما يعلم ان المفقود لا يعيش الى مثله غالباً ف قيل سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون وقيل مائة فيمن غاب وهو دون هذه الاسنان وروى هذا القول عن عمر بن الخطاب وهو مروي ايضاً عن عثمان وبه قال الليث وقال

الشافعي وأبو حنيفة والثوري لا تحل امرأة المفقود حتى يصبح موته وقولهم مروى عن علي وابن مسعود * والسبب في اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس وذلك أن استصحاب الحال يوجب أن لا تتحل عصمة الابنوت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك . وأما القياس فهو تشبيه الضرر باللاحق لها من غيبته بالايلاء والعنة فيكون لها الخيار كما يكون في هذين والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربع مئة مفقود في أرض الاسلام وقع الخلاف فيه ومفقود في أرض الحرب ومفقود في حروب الاسلام أعني فيما بينهم ومفقود في حروب الكفار والخلاف عن مالك وعن أصحابه في الثلاثة الاصناف من المفقودين كثير . فاما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الاسير لا تزوج امرأته ولا يتقسم ماله حتى يصبح موته ما خلا أشهب فإنه حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين . وأما المفقود في حروب المسلمين فقال إن حكمه حكم المقتول دون تلوم وقيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه وأقصى الاجل في ذلك سنة . وأما المفقود في حروب الكفار ففيه في المذهب أربع أقوال قيل حكمه حكم الاسير وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة إلا أن يكون بموضع لا يحسن أمره فيحكم له بحكم المفقود في حروب المسلمين وفتنهم . والقول الثالث إن حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين . والرابع حكمه حكم المقتول في زوجته وحكم المفقود في أرض المسلمين في ماله أعني بعمر وحينئذ يورث وهذه الاقوال كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الاصلح في الشرع وهو الذي يعرف بالقياس المرسل وبين العلماء فيه اختلاف أعني بين القائلين بالقياس .

(الفصل الرابع في خيار العتق)

واتفقوا على أن الامة اذا عتقت تحت عبدان لها الخيار . واختلفوا اذا عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا فقال مالك والشافعي وأهل المدينة والاوزاعي وأحمد والليث لا خيار لها وقال أبو حنيفة والثوري لها الخيار حرراً كان أو عبداً * وسبب اختلافهم تعارض النقل في حديث بريرة واحتمال العلة الموجبة للخيار أن يكون الحر الذي كان في انكاحها باطلاً اذا كانت أمة أو الجبر على تزويجها من عبد فن قال العلامة الجبر على النكاح باطلاً قال تخير تحت الحر والعبد ومن قال الجبر على تزويج العبد فقط قال تخير تحت العبد فقط . وأما اختلاف النقل فإنه مروى عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبداً أسود وروى عن عائشة أن زوجها كان حرراً وكلتا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث واختلفوا أيضاً في الوقت الذي

يكون لها الخيار فيه فقال مالك والشافعي يكون لها الخيار ما لم يمسها وقال أبو حنيفة خيارها على المجلس وقال الاوزاعي انما يستقط خيارها بالمس إذا علمت ان المسيس يستقط خيارها .

(الباب الرابع في حقوق الزوجية)

وانفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) الآية ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام : ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولقوله لهند : خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف . فاما النفقة فانفقوا على وجوبها واختلفوا في أربعة مواضع في وقت وجوبها ومقدارها ولمن تجب وعلى من يجب . فاما وقت وجوبها فان مالك قال لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى الى الدخول بها وهي ممن توطأ به هو بالغ . وقال أبو حنيفة والشافعي يلزم غير البالغ النفقة اذا كانت هي بالغاً وأما اذا كان هو بالغاً والزوجة صغيرة فالشافعي قولان ، أحدهما مثل قول مالك ، والقول الثاني ان لها النفقة باطلاق * . وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع أو لمكان انها محبوسة على الزوج كالغائب والمريض . وأما مقدار النفقة فذهب مالك الى انها غير مقدرة بالشرع وان ذلك راجع الى ما يقتضيه - ل الزوج وحال الزوجة وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الامكنة والازمنة والاحوال . وبه قال أبو حنيفة وذهب الشافعي الى أنها مقدرة فعلى الموسر مدان وعلى الاوسط مد ونصف وعلى المعسر مد * . وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة في هذا الباب على الاطعام في الكفارة أو على الكسوة وذلك انهم اتفقوا أن الكسوة غير محدودة وأن الاطعام محدودواختلفوا من هذا الباب في هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة وان وجبت فكيف يجب والجمهور على أن على الزوج النفقة على خادم الزوجة اذا كانت ممن لا تخدم نفسها وقليل بل على الزوجة خدمة البيت واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب نفقته فقالت طائفة ينفق على خادم واحدة وقليل على خادمين اذا كانت المرأة ممن لا يخدمها الا خادمان وبه قال مالك وأبو ثور . ولست أعرف دليلاً شرعياً لا يجاب النفقة على الخادم الا تشبيهه بالاسكان فانهم اتفقوا على أن الاسكان على الزوج للنص الوارد في وجوبه للمطلقة الرجعية . وأما لمن تجب النفقة فانهم اتفقوا على انها تجب للحررة الغير ناشز واختلفوا في الناشز والامة فاما الناشز فالجمهور على انها لا تجب لها نفقة وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة . وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم وذلك أن عموم قوله

عليه الصلاة والسلام: ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف يقتضى أن الناشز وغير الناشز في ذلك سواء والمفهوم من أن النفقة هي في متابلة الاستمتاع بوجوب أن لا نفقة للناشز. وأما الامة فاختلاف فيها أصحاب مالك اختلافاً كثيراً فقليل لها النفقة كالحرّة وهو المشهور وقيل لا نفقة لها وقيل أيضاً أن كانت تأتيه فلها النفقة وإن كان يأتيها فلا نفقة لها وقيل لها النفقة في الوقت الذي تأتيه وقيل إن كان الزوج حرّاً فعليه النفقة وإن كان عبداً فلا نفقة عليه * وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك أن العموم يقتضى لها وجوب النفقة والقياس يقتضى أن لا نفقة لها إلا على سيدها الذي يستخدمها أو تكون النفقة بينهما لأن كل واحد منهما ينتفع بها ضرراً من الانتفاع ولذلك قال قوم عليه النفقة في اليوم الذي تأتيه وقال ابن حبيب يحكم على مولى الامة المزوجة أن تأتي زوجها في كل أربعة أيام. وأما على من نجب فاتفقوا أيضاً أنها تجب على الزوج الحر الحاضر واختلفوا في العبد والغائب فاما العبد فقال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن على العبد نفقة زوجته وقال أبو المصعب من أصحاب مالك لا نفقة عليه * وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجوراً عليه في ماله. وأما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه وقال أبو حنيفة لا تجب إلا بنجاب السلطان وإنما اختلفوا فحين القول قوله إذا اختلفوا في الاتفاق وسيأتي ذلك في كتاب الاحكام إن شاء الله وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات أن تدل بينهما في التسم لمأثرت من قمه صلى الله عليه وسلم بين أزواجه لقوله عليه الصلاة والسلام: إذا كانت للرجل امرأتان فإلى أحدهما جاء يوم القيامة وأحد شقيهما لئلا يثبت أنه عليه الصلاة والسلام: كان إذا أراد السفر أقرع بينهما واختلفوا في مقام الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أولاً يحتسب إذا كانت له زوجة أخرى فقال مالك والشافعي وأصحابهما يقيم عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثاً ولا يحتسب أن كان له امرأة أخرى بأيام التي تزوج وقال أبو حنيفة لا إقامة عند من سواء بكر أو ثيباً ويحتسب بالإقامة عندها إن كانت له زوجة أخرى * وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة وحديث أنس هو أن النبي صلى الله عليه وسلم كان: إذا تزوج البكر أقام عندها سبعا وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً وحديث أم سلمة هو أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها فاصبحت عنده فقال ليس بك على أهلك هو وإن شئت سمعت عندك وسمعت عنده وإن شئت ثلثت عندك ودرت فقال ثلث وحديث أم سلمة هو مدني متفق عليه أخرجه مالك والبخاري ومسلم وحديث أنس حديث بصري

خرجه أبو داود وفصار أهل المدينة إلى ما خرجه أهل البصرة وصار أهل الكوفة إلى ما خرجه أهل المدينة واختلف أصحاب مالك في هل مقامه عند البكر سبعا وعشرين ثلثا واجب أو مستحب فقال ابن القاسم هو واجب وقال ابن عبد الحكم مستحب * وسبب الخلاف حمل فعليه الصلاة والسلام على التدب أو على الوجوب . وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك وذلك أن قوماً أوجبوا عليها الرضاع على الإطلاق وقوم لم يوجبوا ذلك عليها بإطلاق وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة إلا أن يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها وهو مشهور قول مالك * وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع أعني إيجابه أو متضمنة أمره فقط فن قال أمره قال لا يجب عليها الرضاع إذ لا دليل هنا على الوجوب ومن قال تتضمن الأمر بالرضاع وإيجابه وانها من الأخبار التي مفهومها مفهوم الأمر قال يجب عليها الرضاع . وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة . وأما المطلقة فلا رضاع عليها إلا أن لا يقبل ثدي غيرها فعلمنا الرضاع وعلى الزوج أجر الرضاع هذا إجماع لقوله سبحانه (فإن أرضعن لكم فانهن أجورهن) (الباب الخامس في النكحة المنهي عنها بالشرع والآن نكحة الفاسدة وحكمها) والآن نكحة التي ورد النهي فيها مصرحاً بأربعة . نكاح الشغار . ونكاح المتعة . والخطبة على خطبة أخيه . ونكاح المحلل . فاما نكاح الشغار فانهم اتفقوا على أن صفته هو أن ينكح الرجل وليته رجلاً آخر على أن ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما إلا بضع هذه بضع الأخرى واتفقوا على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه * واختلفوا إذا وقع هل يصحح بمهر المثل أم لا فقال مالك لا يصحح وينسخ أبداً قبل الدخول وبعده وبه قال الشافعي إلا أنه قال إن سمي لأحداهما صداقاً ولهما ما قال لنكاح ثابت بمهر المثل والمهر الذي سميها فاسد وقال أبو حنيفة نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل وبه قال الليث وأحمد وإسحاق وأبو ثور والطبري * وسبب اختلافهم هل النهي المعلق بذلك معلى بعدم العوض أو غير معلى فان قلنا غير معلى لزم التسخير على الإطلاق وإن قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير وقد أجمعوا على أن النكاح المعتقد على الخمر والخنزير لا يفسخ إذا قامت بالدخول ويكون فيه مهر المثل وكان مالكا رضى الله عنه رأى أن الصداق وإن لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد هيناً من قبل فساد الصداق بخصوص لتعلق النهي به أو رأى أن النهي إنما يتعلق بنفس تعيين العقد والنهي يدل على فساد المنهي .

﴿وأما نكاح المتعة﴾ فانه تواترت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه الا انها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم ففي بعض الروايات انه حرمها يوم خيبر وفي بعضها يوم التفتح وفي بعضها في غزوة تبوك وفي بعضها في حجة الوداع وفي بعضها في عمرة القضاء وفي بعضها عام أو طاس وأكثرا الصحابة وجميع فقهاء الامصار على تحريمها واشتهر عن ابن عباس تحليله وتبعه ابن عباس على القول بها أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن ورووا أن ابن عباس كان يحتاج لذلك بقوله تعالى (فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم) وفي حرف عنه الى أجل مسمى وروى عنه انه قال: ما كانت المتعة الا رحمة من الله رحم بها أمة محمد ولولا نهى محمد عنها ما اضطر الى الزنا الا شقي وهذا الذي روى عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمر بن دينار وعن عطاء قال سمعت جابر بن عبد الله يقول: تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصنأنا من خلافة عمر ثم نهى عنها عمر الناس.

﴿وأما اختلافهم في النكاح الذي تقع فيه الخطبة على خطبة غيره﴾ فقد تقدم ان فيه ثلاثة أقوال، قول بالسسخ وقول بعدم السسخ وفرق بين أن ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركن والقرب من التمام أو لا ترد وهو مذاهب مالك.

وأما نكاح المحال أعني الذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا فان ما لا يحل هو نكاح مفسوخ وقال أبو حنيفة والشافعي هو نكاح صحيح * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: لعن الله المحلل فمن فهم من اللعن التأنيم فقط قال النكاح صحيح ومن فهم من التأنيم فساد العقد تشبيها بالنهي الذي يدل على فساد المنهى عنه قال النكاح فاسد فهذه هي الانكحة الفاسدة بالنهي . وأما الانكحة الفاسدة بفهم الشرع فانها نفسدا ما باسقاط شرط من شروط صحة النكاح أو لتفسير حكم واجب بالشرع من أحكامه مما هو عن الله عز وجل وإما بزيادة تعود الى إبطال شرط من شروط الصحة . وأما الزيادات التي تعرض من هذا المعنى فانها لا تنفسد النكاح باتفاق وانما اختلف العلماء في لزوم الشروط التي بهذه الصفة أو لا لزومها مثل ان يشترط عليه أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى أو لا ينقلها من بلد ما فقال مالك ان اشترط ذلك لم يلزمه الا أن يكون في ذلك عيب يعتق أو طلاق فان ذلك يلزمه الا ان يطلق او يعتق من أقسم عليه فلا يلزم الشرط الاول أيضاً وكذلك قال الشافعي وأبو حنيفة وقال الاوزاعي وابن شبرمة لها شرطها وعليه

الوفاء وقال ابن شهاب كان من ادركت من العلماء يقضون بها و قول الجماعة مروى عن علي
وقول الاوزاعي مروى عن عمر * وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص فاما
العموم فحديث عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب الناس قتال في خطبته كل شرط
ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط . واما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : احق الشروط ان يوفى به ما استحلتم به الفروج والحديثان
صحيحان خرجهما البخارى ومسلم الا ان المشهور عند الاصوليين القضاء بالخصوص
على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع في العتبية وان كان المشهور خلاف ذلك واما
الشروط المقيدة بوضع من الصداق فانه قد اختلف في المذهب اختلافا كثيرا اعنى في
لزومها او عدم لزومها وليس كتابنا هذا موضوعا على الفروع .

﴿ واما احكام الانكحة الفاسدة اذا وقعت ﴾ فمنها ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده
وهو ما كان منها فاسدا بآسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده مثل ان ينكح
حرة العين ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم في ضعف علة الفساد وقوتها ولماذا يرجع
من الاخلال بشروط الصحة وما لك في هذا الجنس وذلك في الاكثر يفسخه قبل الدخول
ويثبت بعدة والاصل عنده فيه ان لا يفسخ ولكنه يحاط بمنزلة ما يرى في كثير من البيع الفاسد
انه يفوت بحالة الاسواق وغير ذلك ويشبهه ان تكون هذه عنده هي الانكحة المكروهة
والا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب في المذهب في هذا الباب
كثير وكان هذا راجع عنده الى قوة دليل الفسخ وضعفه فتى كان الدليل عنده قويا ففسخ
قبله وبعده ومتى كان ضعيفا ففسخ قبل ولم يفسخ بعد وسواء كان الدليل القوى متفقا عليه او
مختلفا فيه ومن قبل هذا ايضا اختلف المذهب في وقوع الميراث في الانكحة الفاسدة اذا
وقع الموت قبل الفسخ وكذلك وقوع الطلاق فيه مرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ومرة
اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول او عدمه وقد نرى ان نقطع هنا القول في هذا الكتاب فان
ما ذكرنا منه فيه كفاية بحسب عرضنا المقصود .

(كتاب الطلاق)

والكلام في هذا الباب ينحصر في أربع جمل ، الجملة الاولى في أنواع الطلاق ، الجملة الثانية في أركان الطلاق ، الجملة الثالثة في الرجعة ، الجملة الرابعة في أحكام المطلقات .

﴿الجملة الاولى﴾ وفي هذه الجملة خمسة أبواب ، الباب الاول في معرفة الطلاق البائن والرجعي ، الباب الثاني في معرفة الطلاق الشني من البدعي ، الباب الثالث في الخلع ، الباب الرابع في تمييز الطلاق من الفسخ ، الباب الخامس في التخيير والتفليك .

﴿الباب الاول﴾ واتفقوا على أن الطلاق نوعان بائن ورجعي وأن الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه أن يكون في مدخول بها وانما اتفقوا على هذا لقوله تعالى «يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة» الى قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) ولله حديث الثابت أيضاً من حديث ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم أمره ان يراجع زوجته لما طلقها حائضاً ولا خلاف في هذا . وأما الطلاق البائن فانهم اتفقوا على ان بينونة انما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل عدد التطليقات ومن قبل العوض في الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ماسياً في بعد واتفقوا على ان اعدد الذي يوجب البينونة في طلاق الحر ثلاث تطليقات اذا وقعت مفترقات لقوله تعالى (الطلاق مرتان) الآية واختلفوا اذا وقعت ثلاثاً في اللفظ دون الفعل وكذلك اتفق الجمهور على ان الرق مؤثر في اسقاط أعداد الطلاق وان الذي يوجب البينونة في الرق اثنتان واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رق منهما في هذا الباب اذن ثلاث مسائل .

﴿المسئلة الاولى﴾ جمهور فقهاء الامصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة وقال أهل الظاهر وجماعة حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ في ذلك وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى (الطلاق مرتان) الى قوله في الثالثة (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث واحتجوا أيضاً بما خرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فأما بعد عليهم عمر واحتجوا أيضاً بما رواه ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس قال طلق ركناً زوجه ثلاثاً في مجلس

واحد فزن عليها حزناً شديداً فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتهما قال طلقتهما ثلاثاً في مجلس واحد قال إنما تلك طليقة واحدة فأرتجمها وقد احتجج من انتصر لقول الجمهور بأن حديث ابن عباس الرافع في الصحيحين أنما رواه عنه من أصحابه طاوس وإن جلة أصحابه رووا عندئذ وم الثلاث منهم سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمر بن دينار وجماعة غيرهم وإن حديث ابن اسحق وهم وانما روى الثقات أنه طلق ركائز وجده البتة ثلاثاً * وسبب الخلاف هل الحكم الذي جملده الشرع من البينة للطلقة الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم في طليقة واحدة أم ليس يقع ولا يلزم من ذلك إلا ما ألزم الشرع فمن شبه الطلاق بالأفعال التي يشترط في صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالسكاح والبيوع قال لا يلزم ومن شبهه بالنذور والايمان التي ما ألزم العبد منها الزم على أي صفة كان ألزم الطلاق كيفما ألزمه المطلق نفسه وكان الجمهور غلبوا بحكم التعليل في الطلاق سداً للذريعة ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك أعني في قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) .

المسئلة الثانية * وأما اختلافهم في اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق فمنهم من قال المعتبر فيه الرجال فإذا كان الزوج عبداً كان طلاقه البائن الطليقة الثانية سواء كانت الزوجة حرة أو أمة وبهذا قال مالك والشافعي ومن الصحابة عثمان بن عفان وزيد بن ثابت وابن عباس وإن كان اختلاف عنه في ذلك لكن الأشهر عنه هو هذا القول ومنهم من قال إن الاعتبار في ذلك هو بالنساء فإذا كانت الزوجة أمة كان طلاقها البائن الطليقة الثانية سواء كان الزوج عبداً أو حراً أو ممن قال بهذا القول من الصحابة علي وابن مسعود ومن فقهاء الامصار أنو حنيفة وغيره وفي المسئلة قول أشد من هذين وهو أن الطلاق يعتبر برك من رقبتهما قال ذلك عثمان البتي وغيره روى عن ابن عمر * وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر في هذا هو رقب المرأة أو رقب الرجل فمن قال التأثير في هذا لمن يبدد الطلاق قال يعتبر بالرجال ومن قال التأثير في هذا للذي يقع عليه الطلاق قال هو حكم من أحكام المطلقة فشبهوها بالعدة وقد أجمعوا على أن العدة بالنساء أي تنصاتها تابع لرق النساء واحتج العرب الأولى بما روى عن ابن عباس مرفوعاً إلى النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: الطلاق بالرجال والعدة بالنساء إلا أنه حديث لم يثبت في الصحيح . وأما من اعتبر من رقبتهما فانه جعل سبب ذلك هو الرقب مطلقاً ولم يجعل سبب ذلك إلا الذكورية ولا الانوثة مع الرقب .

المسئلة الثالثة . وأما كون الرق مؤثراً في نقصان عدد الطلاق فانه حكى قوم انه اجماع وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر مخالفون فيه ويرون أن الحر والعبد في هذا سواء . وسبب الخلاف معارضة الظاهر في هذا للقياس وذلك ان الجمهور صاروا الى هذا لما كان قياس طلاق العبد والامة على حدودهما وقد أجمعوا على كون الرق مؤثراً في نقصان الحد . وأما أهل الظاهر فلما كان الاصل عندهم أن حكم العبد في التكليف حكم الحر الا ما أخرجه الدليل والدليل عندهم هل ينص أو ظاهر من الكتاب أو السنة ولم يكن هنا دليل مسعوع صحيح وجب ان يبقى العبد على أصله ويشبه ان يكون قياس الطلاق على الحد غير سد بدلا من المقصود بنقصان الحد خصه للعبد لما كان نقصه وان الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر . وأما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ لان وقوع التحريم على الانسان بتطليقتين أغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع في ذلك من الندم والسرع انما سلك في ذلك سبيل الوسط وذلك انه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنت المرأة وشقيت ولو كانت البينة واقعة في الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم وكان ذلك عسراً عليه فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ولذلك ما ترى والله أعلم أن من ألزم الطلاق الثلاث في واحدة فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة .

الباب الثاني

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسه فيه طلقة واحدة وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذي يمسه غير مطلق للسنة وأما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر انه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام : مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك وان شاء طلق قبل ان يمس فلك العدة التي أمر الله ان تطلق لها النساء ، واختلفوا من هذا الباب في ثلاثة مواضع ، الموضع الاول هل من شرطه أن لا يتبعها طلاقاً في العدة ، والثاني هل المطلق ثلاثاً أعني بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا ، والثالث في حكم من طلق في وقت الحيض .

﴿ أما الموضع الاول ﴾ فانه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما فقال مالك من شرطها أن لا يتبعها في العدة طلاقاً آخر وقال أبو حنيفة ان طلقها عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقاً للسنة * وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق ان يكون في حال الزوجية بعد

أم ليس من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لا يتبعها فيه طلاقاً ومن قال ليس من شرطه اتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع .

﴿وأما الموضع الثاني﴾ فإن ما لك اذهب الى ان المطلق ثلاثاً بلفظ واحد مطلق لغير سنة وذنب الشافعي الى انه مطلق للسنة * وسبب الخلاف معارضة اقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثاً في لفظة واحدة لفهم الكتاب في حكم الطلقة الثالثة والحديث الذي احتج به الشافعي هو ما ثبت من أن العجلاني طلق زوجته ثلاثاً بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعة قال فلو كان بدعة لما أقره رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فلم ير أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التي جعلها الله في العدد قال فيه انه ليس للسنة واعتذر أصحابه عن الحديث بان المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه فوق الطلاق على غير محلة فلم يتصف لا بسنة ولا بدعة وقول مالك والله أعلم أظهر ههنا من قول الشافعي .

﴿وأما الموضع الثالث﴾ في حكم من طلق في وقت الحيض فان الناس اختلفوا من ذلك في مواضع منها ان الجمهور قالوا يضي طلاقه وقالت فرقة لا ينفذ ولا يقع والذين قالوا ينفذ قالوا يؤمر بالرجعة وهؤلاء اختلفوا فرقتين فتقوم رأوا ان ذلك واجب وانه يحجر على ذلك وبه قال مالك وأصحابه وقالت فرقة بل يندب الى ذلك ولا يحجر وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد والذين أوجبوا الاجبار اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الاجبار فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره يحجر ما لم يتقض عدتها وقال أشهب لا يحجر الا في الحيضة الاولى والذين قالوا بالا مبر بالرجعة اختلفوا متى يقع الطلاق بعد الرجعة ان شاء فتقوم اشترطوا في الرجعة ان يسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلقها وان شاء أمسكها وبه قال مالك والشافعي وجماعة وقوم قالوا بل يراجعها فاذا ظهرت من تلك الحيضة التي طلقها فيها فان شاء أمسك وان شاء طلق وبه قال أبو حنيفة والكوفيون وكل من اشترط في طلاق السنة ان يطلتها في طهر لم يمسها فيه لم يراجعها بالرجعة اذا طلقها في طهر مسمها فيه فهنا اذا أربع مسائل ، أحدها هل يقع هذا الطلاق أم لا ، والثانية ان وقع فهل يحجر على الرجعة أم يؤمر فقط ، والثالثة متى يقع الطلاق بعد الاجبار أو الندب ، والرابعة متى يقع الاجبار .

﴿أما المسئلة الاولى﴾ فن الجمهور راعوا صاروا الى ان الطلاق ان وقع في الحيض اعتدبه وكان طلاقاً ولو صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : مرد فليراجعها قالوا والرجعة لا تكون

الابعد طلاق وروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن جريح انهم أرسلوا الى نافع يسألونه حل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وروى انه الذي كان يفتي به ابن عمر . وأما من يبر هذا الطلاق واقماً فإنه اعتمد عموم قوله صلى الله عليه وسلم : كل فعل أو عمل ليس عليه أمرنا فهو رد وقالوا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده يشعر بعدم ثبوته ووقوعه وبالجملة فبسبب الاختلاف دل الشروط التي اشترطها الشرع في الطلاق السني هي شروط صحة وإجزاء أم شروط كمال وتعمام فن قال شروط إجزاء قال لا يقع الطلاق الذي عدم هذه الصفة ومن قال شروط كمال وتعمام قال يقع ويندب الى أن يقع كاملاً ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض فتدبر ذلك .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ وهي دل يجبر على الرجعة اولا لا يجبر فن اعتمد ظاهر الامر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال يجبر ومن لحظ هذا المعنى الذي قلنا من كون الطلاق واقماً قال هذا الامر هو على الندب .

﴿ وأما المسئلة الثالثة ﴾ وهي متى يقع الطلاق بعد الاجبار فان من اشترط في ذلك أن يسكنها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فانما صار لذلك لانه المنصوص عليه في حديث ابن عمر المتقدم قالوا والمعنى في ذلك لتصح الرجعة بالوطء في الطهر الذي بعد الحيض لانه لو طهرت في الطهر الذي بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الا آخر عدة لانه كان يكون كالمطلق قبل الدخول وبالجملة فقالوا ان من شرط الرجعة وجود زمان يصح فيه الوطء وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يطلق في الحيضة التي قبله . وهو أحد الشروط المشتركة عند مالك في طلاق السنة فيما ذكره عبد الوهاب . وأما الذين لم يشترطوا ذلك فانهم صاروا الى ما روى بنونس بن جبشير وسعيد بن جبشير وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث انه قال يراجعها فاذا طهرت طلقها ان شاء وقالوا المعنى في ذلك انه انما أمر بالرجوع عتوبة لانه لا يطلق في زمان كدله فيه الطلاق فاذا ذهب ذلك الزمان وقع منه الطلاق على وجه غير مكرود فبسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذه المسئلة وتعارض مفهوم العلة .

﴿ وأما المسئلة الرابعة ﴾ وهي متى يجبر فاعلم مالكا الى انه يجبر على رجعتها الطول زمان عدة لانه الزمان الذي لفيه ارتجاعها وأما أشهب فإنه انما صار في هذا الى ظاهر الحديث لان فيه مره فليراجعها حتى تطهر فدل ذلك على أن المراجعة كانت في الحيضة وأيضاً فإنه قال انما أمر براجعها لثلاث طول عليها العدة فإنه اذا وقع الطلاق في الحيضة لم تعدها باجماع فان

قلنا انه يراجعها في غير الحيضة كان ذلك عليها أطول وعلى هذا التعليل فينبغي ان يجوز ايقاع الطلاق في الطهر الذي بعد الحيضة * فسبب الاختلاف هو سبب اختلاف فهم في علة الامر بالرد .

(الباب الثالث في الخلع) *

واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤل الى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها الا ان اسم الخلع يختص ببذله الى جميع ما أعطاها والصلح ببعضه والفدية باكثره والمبارأة باسقاطها عنه حتماً لها عليه على ما زعم الفقهاء والكلام ينحصر في أصول هذا النوع من الفراق في أربعة فصول . في جواز وقوعه أولاً ثم ثانياً في شروط وقوعه أعني جواز وقوعه ثم ثالثاً في نوعه أعني هل هو طلاق او فسخ . ثم رابعاً فيما يلحقه من الاحكام .

(الفصل الاول)

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء والا صل في ذلك الكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » وأما السنة فحديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعيب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر بعد الدخول في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديثه قالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقبل الحديقة وطلقها طليقة واحدة خرجه بهذا اللفظ البخاري وأبوداود والنسائي وهو حديث متفق على صحته وشذ أبو بكر بن عبد الله المزني عن الجمهور فقال لا يحل للزوج ان يأخذ من زوجته شيئاً واستدل على ذلك بأنه زعم ان قوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) منسوخ بقوله تعالى (وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآنيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً) الآية والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها واما رضاها فحائز * فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومته وعلى خصوصه .

(الفصل الثاني)

فما شروط جوازها فمنها ما يرجع الى القدر الذي يجوز فيه ومنها ما يرجع الى صفة الشيء الذي يجوز به ومنها ما يرجع الى الحال التي يجوز فيها ومنها ما يرجع الى صفة من يجوز له الخلع من النساء

أو من أوليائهن ممن لا تملك امرها في هذا الفصل أربع مسائل •

المسألة الأولى ﴿١﴾ أما مقدار ما يجوز أن تختلع به فان مالكا والشافعي وجماعة قالوا جائز أن تختلع المرأة باكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها اذا كان النشوز من قبلها وبمثله وبأقل منه وقال قائلون ليس له ان يأخذ أكثر مما أعطاه على ظاهر حديث ثابت فمن شبهه بسائر الاعواض في المعاملات رأى أن القدر فيه راجع الى الرضا ومن أخذ بظاهر الحديث لم يحز أكثر من ذلك وكأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق •

المسألة الثانية ﴿٢﴾ وأما صفة العوض فان الشافعي وأبا حنيفة يشترطان فيه ان يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجود ومالك يحجز فيه المحجول الوجود والعرو والمعلوم مثل الابق والشارد والثمره التي لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف وحكى عن أبي حنيفة جواز العرو ومنع المعدوم • وسبب الخلاف تردد العوض ههنا بين العوض في البيوع او الاشياء الموهوبة والموصى بها فمن شبهها بالبيوع اشترط فيه ما يشترط في البيوع وفي اعواض البيوع ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك واختلفوا اذا وقع الخلع بما لا يحل كالتحرر والخير هل يجب لها عوض ام لا بعد اتفاقهم على ان الطلاق يقع فقال مالك لا تستحق عوضا وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي يجب لها مهر المثل •

المسألة الثالثة ﴿٣﴾ وأما ما يرجع الى الحال التي يجوز فيها الخلع من التي لا يجوز فان الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضي اذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه اضرارها والا صل في ذلك قوله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبن ببعض ما آتيتهن) إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وقوله تعالى (فان خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افدت به) ويشذ أبو قلابه والحسن البصري فقال لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهد هاتري وحملوا الفاحشة في الآية على الزنا وقال داود لا يجوز الا بشرط الخوف أن لا يقيما حدود الله على ظاهر الآية وشذ النعمان فقال يجوز الخلع مع الاضرار والفتنة ان الغداء انما جعل للمرأة في مقابلة ما يبد الرجل من الطلاق فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل فيتحصل في الخلع خمسة أقوال • قول انه لا يجوز أصلا وقول انه يجوز على كل حال اى مع الضرر • وقول انه لا يجوز الا مع مشاهدة الزنا • وقول مع خوف أن لا يقيما حدود الله • وقول انه يجوز في كل حال الا مع الضرر وهو المشهور •

المسألة الرابعة ﴿٤﴾ وأما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز فانه لا خلاف عند الجمهور ان

الرشيذة تخالغ عن نفسها وان الامة لا تخالغ عن نفسها الا برضا سيدها وكذلك السفينة مع وليها عند من يرى الحجر وقال مالك يخالغ الاب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنته الصغيرة لا نه عنده يطلق عليه والخلاف في الابن الصغير قال الشافعي وابو حنيفة لا يجوز لانه لا يطلق عليه عندهم والله أعلم وخلع المريضة يجوز عند مالك اذا كان بقدر ميراثه منها وروى ابن نافع عن مالك انه يجوز خلعها بالثلث كله وقال الشافعي لو اختلفت بقدر مهره مثلها جاز وكان من رأس المال وان زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث . وأما المهمة التي لا وصى لها ولا أب فقال ابن القاسم يجوز خلعها اذا كان خلع مثلها والجمهور على أنه يجوز خلع المالك لنفسها وشذا الحسن وابن سيرين فقالا لا يجوز الخلع الا باذن السلطان .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وامانوع الخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق و به قال مالك وابو حنيفة سوى بين الطلاق والفسخ وقال الشافعي هو فسخ و به قال أحمد و داود ومن الصحابة ابن عباس وقدر وى عن الشافعي انه كناية فان أراد به الطلاق كان طلاقا والا كان فسخاً وقد قيل عنه في قوله الجديد انه طلاق وفائدة الفرق هل يعتد به في التطليقات أم لا وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائناً لانه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة عليهم لم يكن لا فتدائم معنى وقال أبو ثور ان لم يكن بلفظ الطلاق لم يكن له عليها رجعة وان كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة احتج من جعله طلاقا بان الفسوخ انما هي التي تقتضى الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع الى اختياره وهذا راجع الى الاختيار فليس يفسخ واحتج من لم ره طلاقا بان الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال (الطلاق مرتان) ثم ذكر الافتداء ثم قال (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه الا بعد زوج هو الطلاق الرابع وعنده هؤلاء ان الفسوخ تقع بالتراضي قياساً على فسوخ البيع أعنى الاقالة وعند المخالف ان الاية انما تضمنت حكم الافتداء على انه شئ يلاحق جميع أنواع الطلاق لانه شئ غير الطلاق فسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق الى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها .

(الفصل الرابع)

وأما الواحقه وفروع كثيرة لكن نذكر منها ما شهر . فمنها هل يرتدف على المختلة طلاق أم لا فقال مالك لا يرتدف الا ان كان الكلام متصلا وقال الشافعي لا يرتدف وان كان الكلام متصلا وقال ابو حنيفة يرتدف ولم يفرق بين القور والتراخي * وسبب الخلاف ان العدة عند الفريق الاول من أحكام الطلاق وعند أبي حنيفة من أحكام النكاح ولذلك لا يجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها فمن رآها من أحكام النكاح ارتدف الطلاق عنده ومن لم يرتدك لم يرتدف . ومنها ان جمهور العلماء أجمعوا على أنه لا رجعة للزوج على المختلة في العدة الا ما روى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب انهما قالان ان رد لها ما أخذ منها في العدة أشهد على رجعتها والفرق الذي ذكرناه عن أبي ثور بين أن يكون بلفظ الطلاق أولا يكون . ومنها ان الجمهور أجمعوا على ان له ان يزوجها برضاها في عدتها وقالت فرقة من المتأخرين لا يزوجها هو ولا غيره في العدة * وسبب اختلافهم هل المنع من النكاح في العدة عبادة أو ليس بعبادة بل معلل واختلفوا في عدة المختلة وسيأتي بعدواختلفوا اذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار العدد الذي وقع به الخلع فقال مالك القول قوله ان لم يكن هنالك بينة وقال الشافعي يتحالفان ويكون عليها مهر المثل شبه الشافعي اختلافا فيهما باختلاف المتبايعين وقال مالك هي مدعى عليها وهو مدع ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدهنا .

﴿ الباب الرابع ﴾

واختلاف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذي يعتد به في الثلاث الى قولين ، أحدهما ان النكاح ان كان فيه خلاف خارج عن مذهبه أعنى في جوازه وكان الخلاف مشهورا فالفرقة عنده فيه طلاق مثل الحكم بزواج المرأة نفسها والحرم فهذه على هذه الرواية هي طلاق لا فسخ ، والقول الثاني ان الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للفرق فان كان غير راجع الى الزوجين مما لو أراد الاقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح الحرة بالرضاع او النكاح في العدة وان كان مما لهما ان يقيم عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا .

(الباب الخامس)

ومما يبعد من أنواع الطلاق مما يرى ان له أحكاماً خاصة التملك والتخير والتمليك عن مالك في المشهور غير التخير وذلك ان التملك هو عنده تملك المرأة ايقاع الطلاق فهو يحتمل الواحدة فما فوقها ولذلك ان بنا كرها عنده فيما فوق الواحدة والخيار بخلاف ذلك لانه يقتضى ايقاع طلاق تنقطع معه العصمة الا أن يكون تخييراً مقيداً مثل ان يقول لها اختارى نفسك أو اختارى تطلقة أو تطلقتين ففي الخيار المطلق عندما لك ليس لها الا أن تختارز وجهاً أو تبين منه بالثلاث وان اختارت واحدة لم يكن لها ذلك والمملكة لا يبطل تملكها عنده ان لم يوقع الطلاق حتى يطول الامر بها على إحدى الروايتين او يفرق من المجلس والرواية الثانية انه يبقى لها التملك الى أن ترد او تطلق والفرق عندما لك بين التملك وتوكيله ايادها على تطلق نفسها ان في التوكيل لانه يعزلها قبل ان تطلق وليس له ذلك في التملك وقال الشافعي اختارى وأمرك بيدك سواء ولا يكون ذلك طلاقاً الا أن ينويه وان نواه فهو ما أراد ان واحدة فواحدة وان ثلاثاً فثلاث فله عنده ان بنا كرها في الطلاق نفسه وفي العدد في الخيار او التملك وهي عنده ان طلقت نفسها رجعية وكذلك هي عندما لك في التملك وقال أبو حنيفة وأصحابه الخيار ليس بطلاق فان طلقت نفسها في التملك واحدة فهي بائنة وقال الثوري الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما وقد قيل القول قولها في اعداد الطلاق في التملك وليس للزوج مناكرتها وهذا القول مروى عن علي وابن المسيب وبه قال الزهري وعطاء وقد قيل انه ليس للمرأة في التملك الا ان تطلق نفسها تطلقة واحدة وذلك مروى عن ابن عباس وعمر رضي الله عنهما روى انه جاء ابن مسعود رجل فقال كان بيني وبين امرأتى بعض ما يكون بين الناس فمالت لو أن الذي بيدك من أمرى بيدي لعلمت كيف أصنع قال فان الذي بيدي من أمرك بيدك قالت فانت طالق ثلاثاً قال أراها واحدة وأنت أحق بها مادامت في عندها وسألتني أمير المؤمنين عمر ثم لقيه فقص عليه القصة فقال صنع الله بالرجال وفعل يعمدون الى ما جعل الله في أيديهم فيجمعون به أيدي النساء فيها التراب ماذا قلت فيها قال قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال وأنا أرى ذلك ولو رأيت غير ذلك علمت انك لم تصب وقد قيل ليس التملك بشئ لان ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع الى يد المرأة بمجعل جاعل وكذلك التخير وهو قول أبي محمد بن حزم وقول مالك في المملكة ان لها الخيار في الطلاق أو البقاء على العصمة مادامت في المجلس وهو قول الشافعي وابي حنيفة والاوزاعي وجماعة فقهاء

الامصار وعند الشافعي أن التملك إذا أراد به الطلاق كالو كالة وله ان يرجع في ذلك متى أحب ذلك ما لم يوقع الطلاق وانما صار الجمهور للقضاء بالتملك أو بالتخيير وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقا لكن أهل الظاهر يرون ان معنى ذلك انهن لو اخترن أنفسهن طلقتهن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا انهن كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق وانما صار جمهور الفقهاء الى ان التخيير والتملك واحد في الحكم لان من عرف دلالة الالغاة ان من ملك انسانا أمر من الامور ان شاء ان يفعله او لا يفعله فانه قد خيره . وأما مالك فيرى ان قوله لها اختاري اواختاري نفسك انه ظاهر بعرف الشرع في معنى البينة بتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم ساءه لان المفهوم منه انما كان البينة وانما رأى مالك انه لا يقبل قول الزوج في التملك انه لم يرد به طلاقا اذ اعلم ذلك لانه لفظ ظاهر في معنى جعل الطلاق بيدها وأما الشافعي فلما لم يكن اللفظ عنده نصاً اعتبر فيه النية فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ او دعوى النية وكذلك فعل في التخيير وانما اتفقوا على ان لهنا كرتها في العدد أعنى في لفظ التملك لانه لا يدل عليه دلالة محتملة فصلا عن ظاهره وانما رأى مالك والشافعي انه اذا طلقت نفسها بتملكها ايها طلقة واحدة انما تكون رجعية لان الطلاق انما يحمل على العرف الشرعي وهو طلاق السنة وانما رأى أبو حنيفة انها بائنة لانه اذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلبت من التملك فائدة ولما قصد هو من ذلك . وأما من رأى ان لها ان تطلق نفسها في التملك ثلاثا وأنه ليس للزوج منها كرت في ذلك فلان معنى التملك عنده انما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهي مخيرة فيما توقعه من أعداد الطلاق . وأما من جعل التملك طلقة واحدة فقط أو التخيير فانما ذهب الى انه أقل ما ينطلق عليه الاسم واحتياطاً للرجال لان العلة في جعل الطلاق بأيدي الرجال دون النساء هو لتقصان عقلمن وغلبة الشهوة عليهم مع سوء المعاشرة وجمهور العلماء على ان المرأة اذا اختارت زوجها انه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم وروى عن الحسن البصري انها اذا اختارت زوجها واحدة واذا اختارت نفسها اثلاث فيتحصل في هذه المسئلة الخلاف في ثلاثة مواضع ، أحدها انه لا يقع بواحد منهما طلاق ، والثاني انه تقع بينهما فرقة ، والثالث الفرق بين التخيير والتملك فيما تملك به المرأة أعنى ان تملك بالتخيير البينة وبالتملك مادون البينة واذا قلنا بالبينة فقبل تملك واحدة وقبل تملك الثلاث واذا قلنا انها تملك واحدة فقبل رجعية وقبل بائنة . وأما حكم الالفاظ التي تحيب بها

المرأة في التخيير والتملك فهي ترجع الى حكم الالفاظ التي يقع بها الطلاق في كونها صريحة في الطلاق أو كناية أو محتملة وسيأتى تفصيل ذلك عند التكلم في ألفاظ الطلاق .

﴿الجملة الثانية﴾ وفي هذه الجملة ثلاث أبواب ، الباب الاول في ألفاظ الطلاق وشروطه ، الباب الثاني في تفصيل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز ، الباب الثالث في تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممن لا يقع .

﴿الباب الاول﴾ وهذا الباب فيه فصلان ، الفصل الاول في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة ، الفصل الثاني في أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة .

(الفصل الاول)

أجمع المسلمون على ان الطلاق يقع اذا كان بنية و بلفظ صريح واختاروا هل يقع بالنية مع اللفظ الذي ليس بصريح أو بالنية دون اللفظ أو باللفظ دون النية فن اشترط النية واللفظ الصريح فاتباعا لظاهر الشرع وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح ومن شبهه بالعقد في النذر وفي اليمين أو وقع بالنية فقط ومن أعمل التهمة أو وقع باللفظ فقط واتفق الجمهور على ان ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان صريح وكناية واختلفو في تفصيل الصريح من الكناية وفي أحكامها وما يلزم فيها ونحن فأنما قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجري مجرى الاصول فقال مالك وأصحابه الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما عدا ذلك كناية وهي عنده على ضربين ظاهرة ومحتملة وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث ، الطلاق ، والفراق ، والسراح وهي المذكورة في القرآن وقال بعض أهل الظاهر لا يقع طلاق الا بهذه الثلاث فهذا هو اختلافهم في صريح الطلاق من غير صريحه وانما اتفقوا على ان لفظ الطلاق صريح لان دلالة على هذا المعنى الشرعي دلالة وضعه بالشرع فصار أصلا في هذا الباب . وأما ألفاظ الفراق والسراح فهي مترددة بين ان يكون للشرع فيها تصرف أعني ان تدل بعرف الشرع على المعنى الذي يدل عليه الطلاق أو هي باقية على دلالتها اللغوية فاذا استعملت في هذا المعنى أعني في معنى الطلاق كانت مجازا اذ هذا هو معنى الكناية أعني اللفظ الذي يكون مجازا في دلالة وانما ذهب من ذهب الى انه لا يقع الطلاق الا بهذه الالفاظ الثلاثة لان الشرع انما ورد بهذه الالفاظ الثلاثة وهي عبادة ومن شرطها اللفظ فوجب ان يقتصر بها على اللفظ الشرعي الوارد فيها . فأما اختلافهم في أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسئلتان

مشهورتان ، إحداهما اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة عليها ، والثانية اختلفوا فيها . فأما التي اتفقوا عليها فإن مالك والشافعي وأبو حنيفة قالوا لا يقبل قول المطلق إذا نطق بالفاظ الطلاق أنه لم يرد به طلاقاً إذا قل لزوجه أنت طالق وكذلك السراح والمراق عند الشافعي واستثنت المالكية بأن قالت إلا أن تقتزن بالحالة أو بالمرأة قرينة تدل على صدق دعواه مثل أن تسأله أن يطأه من وثاق هي فيه وشبهه فيقول لها أنت طالق وفتحه المستثناة عند الشافعي وأبي حنيفة أن الطلاق لا يحتاج عندهم إلى نية . وأما مالك فالمشهور عنه أن الطلاق عنده يحتاج إلى النية لكن لم ينو ههنا لموضع التهم ومن رأيه الحكم بالتهم سداً للذرائع وذلك مما خالفه فيه الشافعي وأبو حنيفة فيجب على رأي من يشترط النية في ألفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم أن يصدق فيما ادعى .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ ففي اختلافهم فبين قال لزوجه أنت طالق وادعى أنه أراد بذلك أكثر من واحدة إما اثنتين وإما ثلاثاً قال مالك هو ما نوى وقد لزمه وبه قال الشافعي إلا أن ينفذ فيقول طاعة واحدة وهذا القول هو المختار عند أصحابه . وأما أبو حنيفة فقال لا يقع ثلاث بلفظ الطلاق لأن العدد لا يتضمنه لفظ الأفراد كناية ولا تصریحاً * وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ أو بالنية مع اللفظ المحتمل فمن قال بالنية أو جب الثلاث وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل ورأى أن لفظ الطلاق يحتمل العدد ومن رأى أنه لا يحتمل العدد وأنه لا بد من اشتراط اللفظ في الطلاق مع النية قال لا يجب العدد وإن نواه وهذه المسئلة اختلفوا فيها وهي من مسائل شروط ألفاظ الطلاق أعنى اشتراط النية مع اللفظ أو باقراد أحدهما فالمشهور عن مالك أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ والنية وبه قال أبو حنيفة وقد روى عنه أنه يقع باللفظ دون النية وعند الشافعي أن لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج إلى نية فمن أكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم إنما الأعمال بالنيات ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه الصلاة والسلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها والنية دون قول حديث نفس قال وليس يلزم من اشتراط النية في العمل في الحديث المتقدم أن تكون النية كافية بنفسها واختلف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول بها طلاقاً بئن إذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض فقيل يقع وقيل لا يقع وهذه المسئلة هي من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق . وأما ألفاظ الطلاق التي ليست بصريح فمنها ما هي كناية ظاهرة عند مالك ومنها ما هي كناية محتملة ومذهب مالك أنه إذا ادعى

في الكناية الظاهرة أنهم يرد طلاقاً لم يقبل قوله إلا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كراهية في الصريح وكذلك لا يقبل عنده ما يدعيه من دون الثلاث في الكنايات الظاهرة وذلك في المدخول بها إلا أن يكون قال ذلك في الخلع . وأما غير المدخول بها فيصدق في الكناية الظاهرة فيأدون الثلاث لأن طلاق غير المدخول بها بان وهذا هي مثل قولهم حبك على غار بك ومثل البتة ومثل قولهم أنت خلية وبرية . وأما مذهب الشافعي في الكنايات الظاهرة فإنه يرجع في ذلك إلى ما نوافان كان نوى طلاقاً كان طلاقاً وإن كان نوى ثلاثاً كان ثلاثاً أو واحدة كان واحدة ويصدق في ذلك وقول أبي حنيفة في ذلك مثل قول الشافعي إلا إذا نوى على أصله واحدة أو اثنتين وقع عنده طلقة واحدة بآئنة وإن اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم أنه لم ينو ولم يصدق وذلك إذا كان عنده في مذاكرة الطلاق وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها إذا اقترنت بها هذه القرينة إلا أن يبع حبك على غار بك واعتدى واستبرأ وتقتضى لانها عنده من المحملة غير الظاهرة . وأما ألتا طلاق المحملة غير الظاهرة فعند مالك أنه يعتبر فيها بيته كالحال عند الشافعي في الكناية الظاهرة وخالفه في ذلك جمهور العلماء فقالوا ليس فيها شيء وإن نوى طلاقاً فيتحصل في الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال ، قول أنه يصدق باطلاق وهو قول الشافعي ، وقول أنه لا يصدق باطلاق إلا أن يكون هنالك قرينة وهو قول مالك ، وقول أنه يصدق إلا أن يكون في مذاكرة الطلاق وهو قول أبي حنيفة وفي المذهب خلاف في مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل وبين قوتها وضعفها في الدلالة على صفة البينونة فوق فيها الاختلاف وهي راجعة إلى هذه الأصول وانما صار مالك إلى أنه لا يقبل قوله في الكنايات الظاهرة أنه لم يرد به طلاقاً لأن العرف اللغوي والشرعي شاهد عليه وذلك أن هذه الألفاظ انما تلتزم بها الناس غالباً والمراد بها الطلاق إلا أن يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك وانما صار إلى أنه لا يقبل قوله فيما يدعيه دون الثلاث لأن الظاهر من هذه الألفاظ هو البينونة والبينونة لا تقع الا خلعا عنده في المشهور وأولاً نوافاً لم تقع خلعا لأنه ليس هناك عوض فبقى أن يكون ثلاثاً وذلك في المدخول بها ويتخرج على القول في المذهب بأن البائن تقع من دون عوض ودون عددان يصدق في ذلك وتكون واحدة بآئنة وحجة الشافعي أنه إذا وقع الإجماع على أنه يقبل قوله فيأدون الثلاث في صريح ألفاظ الطلاق كان أحرى أن يقبل قوله في كنياته لأن دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية ويشبه أن تقول للمالكية أن لفظ الطلاق وإن كان صريحاً في الطلاق فليس بصريح في العدد ومن الحجة للشافعي

حديث ركعة المتقدم وهو مذهب عمر في حبلك على غاربك وأما صار الشافعي إلى أن الطلاق في الكنايات الظاهرة إذا نوى مادون الثلاث يكون رجعيًا لحديث ركعة المتقدم وصار أبو حنيفة إلى أنه يكون بائنًا لأنه المقصود به قطع العصمة ولم يجعله ثلاثًا لأن الثلاث معنى زائد على البينة عنده، فسبب اختلافهم هل يقدم عرف اللفظ على النية أو النية على عرف اللفظ وإذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضي البينة فقط أو العدد فنقدم النية لمقتضى عليه بعرف اللفظ ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت إلى النية. ومما اختلف فيه الصدر الأول وفقهاء الأمصار من هذا الباب أعنى من جنس المسائل الداخلة في هذا الباب انظر التحريم أعنى من قال لزوجه أنت على حرام وذلك أن ما لك قال يحمل في المدخول بها على البت أي الثلاث وينوى في غير المدخول بها وذلك على قياس قوله المتقدم في الكنايات الظاهرة وهو قول ابن أبي ليلى وزيد بن ثابت وعلى من الصحابة وبه قال أصحابه إلا ابن الماجشون فإنه قال لا ينوى في غير المدخول بها وتكون ثلاثًا فهذا أحد الأقوال في هذه المسئلة، والقول الثاني أنه إن نوى بذلك ثلاثًا فهي ثلاث وإن نوى واحدة بائنة وإن نوى يمينًا فهو يمين يكفرها وإن لم ينو به طلاقًا ولا يمينًا فليس بشيء كذبة وقال بهذا القول الثوري، والقول الثالث أنه يكون أيضًا مانوي بها إن نوى واحدة فواحدة أو ثلاثًا ثلاث وإن لم ينو شيئًا فهو يمين يكفرها وهذا القول قاله الأوزاعي، والقول الرابع أنه ينوى فيها في الموضوعين في إرادة الطلاق وفي عدده فنوى كان مانوي فإن نوى واحدة كان رجعيًا وإن أراد تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعي، والقول الخامس أنه ينوى أيضًا في الطلاق وفي العدد فإن نوى واحدة كانت بائنة فإن لم ينو طلاقًا كانت يمينًا وهو قول فان نوى الكذب فليس بشيء وهذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه، والقول السادس أنه يمين يكفرها ما يكفر اليمين إلا أن بعض هؤلاء قال يمين مغلظة وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وقال ابن عباس وقد سئل عنها لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة خرج به البخاري ومسلم ذهب إلى الاحتجاج بقوله تعالى «يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك» الآية، والقول السابع أن تحريم المرأة كتحريم الماء وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى «لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم» وهو قول مسروق والاجدع وأبي سامة بن أبي عبد الرحمن والشعبي وغيرهم ومن قال فيها أنها غير مغلظة بعضهم أوجب فيها الواجب في الظاهر وبعضهم أوجب فيها عتق رقبة * وسبب الاختلاف هل هو يمين أو كناية أو ليس يمين ولا كناية فهذه أصول ما يقع من الاختلاف في ألفاظ الطلاق.

التصل الثاني في ألفاظ الطلاق المقيدة

والطلاق المتيد لا يخلو من قسمين . إما تقييد اشتراط أو تقييد استثناء والتقييد المشترط لا يخلو ان يعلق بمشيئة من له اختيار أو بوقوع فعل من الافعال المستقبلية أو بخروج شيء مجهول العلم الى الوجود على ما يدعيه المعلق للطلاق به مما لا يتوصل الى علمه الا بعد خروجه الى الحس أو الى الوجود أو بما لا سبيل الى الوقوف عليه مما هو ممكن ان يكون أولاً يكون . فأما تعليق الطلاق بالمشيئة فانه لا يخلو ان يعلق بمشيئة الله أو بمشيئة مخلوق فاذا علق بمشيئة الله وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول أنت طالق ان شاء الله أو على جهة الاستثناء مثل ان يقول أنت طالق الا أن يشاء الله فان ما لك قال لا يؤثر الا استثناء في الطلاق شيئاً وهو واقع ولا بد وقال أبو حنيفة والشافعي اذا استثنى المطلق مشيئة الله لم يقع الطلاق ، وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالافعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالافعال المستقبلية أو لا يتعلق وذلك ان الطلاق هو فعل حاضر فمن قال لا يتعلق به قال لا يؤثر الا استثناء ولا اشتراط المشيئة في الطلاق ومن قال يتعلق به قال يؤثر فيه . وأما ان علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئته ويتوصل الى علمها فلا خلاف في مذهب مالك ان الطلاق يقف على اختيار الذي علق الطلاق بمشيئته . وأما تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له فقيه خلاف في المذهب قيل يلزمه الطلاق وقيل لا يلزمه والصبي والخنون داخلان في هذا المعنى فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل عنده يقع قال يقع هذا الطلاق ومن اعتبر وجود الشرط قال لا يقع لان الشرط قد عدم ههنا . وأما تعليق الطلاق بالافعال المستقبلية فان الافعال التي يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب ، أحدها ما يمكن أن يقع أولاً ولا يقع على السواء كدخول الدار وقدم ز يدف هذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف . وأما ما لا بد من وقوعه كطلوع الشمس غداً فهذا يقع ناجزاً عند مالك ويقف وقوعه عند الشافعي وأبي حنيفة على وجود الشرط فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال لا يقع الا بوقوع الشرط ومن شبهه بالوطء الواقع في الاجل بنكاح المتعة لكونه وطئاً مستباحاً الى أجل قال يقع الطلاق ، والثالث هو بحسب العادة منه وقوع الشرط وقد لا يقع كتعليق الطلاق بوضع الحمل ومحى الحيض والطمهر ففي ذلك روايتان عن مالك ، إحداهما وقوع الطلاق ناجزاً ، والثانية وقوعه على وجود شرطه وهو الذي يأتي على مذهب أبي حنيفة والشافعي والقول بانحياز الطلاق في هذا يضعف لانه

مشبه عنده بما يقع ولا بد والخلاف فيدقوى . وأما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فان كان لا سبيل الى علمه مثل ان يقول ان كان خلق الله اليوم في بحر القلزم حوتاً بصفة كذا فانت طالق فلا خلاف أعلمه في المذهب ان الطلاق يقع في هذا . وأما ان علقه بشئ يمكن ان يعلم بخبر وجهه الى الوجود مثل ان يقول ان ولدت ابني فانت طالق فان الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشئ الى الوجود . وأما ان حلف بالطلاق انها تلد ابني فان الطلاق في الحين يقع عنده وان ولدت ابني وكان هذا من باب التغليظ والتمسك بوجوب ان يوقف الطلاق على خروج ذلك الشئ أوضحه ومن قول مالك انه اذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ان يفعل فعلاً من الافعال انه لا يبحث حتى يفعل ذلك الفعل واذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الافعال فانه على الحنث حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته فان امتنع عن ذلك الفعل أكثر من مدة أجل الإيلاء ضرب له أجل الإيلاء ولكن لا يقع عنده حتى يفوت الفعل ان كان مما يقع فوته ومن العلماء من يرى أنه على برحتى يفوت الفعل وان كان مما لا يفوت كان على الرحتى يموت * ومن هذا الباب اختلاف فهم في تبعض المطلقة أو تبعض الطلاق وإرداف الطلاق على الطلاق . فأما مسئلة تبعض المطلقة فان مالكاً قال اذا قال يدك أو رجلك أو شعرك طالق طلقت عليه وقال أبو حنيفة لا تطاق الا بذكركم عضو يعسر به عن جملة البدن كالرأس والقلب والفرج وكذلك تطاق عنده اذا طلق الجزء منها مثل الثلث أو الربع وقال داود لا تطاق وكذلك اذا قال عند مالك طامتك نصف تطليقة طلقت لان هذا كله عنده لا يتبعض وعند المخالف اذا تبعض لم يقع . وأما اذا قال لغير المدخول بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق سقاً فانه يكون ثلاثاً عند مالك وقال أبو حنيفة والشافعي يقع واحدة فن شبه تكرار اللفظ بلفظه بالعدد أعني بقوله طامتك ثلاثاً قال يقع الطلاق ثلاثاً ومن رأى أنه باللفظة الواحدة قد بانت منه قال لا يقع عليها الثاني والثالث ولا خلاف بين المسلمين في ارتدافه في الطلاق الرجعي . وأما الطلاق المقيد بالاستثناء فاما يتصور في العدد فقط فاذا طلق أعداداً من الطلاق فلا يخلو من ثلاثة أحوال . إما ان يستثنى ذلك العدد بعينه مثل ان يقول أنت طالق ثلاثاً الا ثلاثاً أو اثنتين الا اثنتين . وإما ان يستثنى ما هو أقل واذا استثنى ما هو أقل . فاما أن يستثنى ما هو أقل مما هو أكثر . وأما أن يستثنى ما هو أكثر مما هو أقل فاذا استثنى الاقل من الاكثر فلا خلاف أعلمه ان الاستثناء يصح ويسقط المستثنى مثل أن يقول أنت طالق ثلاثاً الا واحدة . واما ان استثنى الاكثر من الاقل فيتوجه فيه قولان ، أحدهما أن

الاستثناء لا يصح وهو مبني على من منع أن يستثنى الأكثر من الأقل ، والاخران الاستثناء يصح وهو قول مالك . وأما اذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل ان يقول أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا فان مالكا قال يقع الطلاق لانه اتهمه على أنه رجوع منه . وأما اذا لم يقل بالثمة وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه كما لو قال أنت طالق لا طالق معا فان وقوع الشيء مع ضده مستحيل وشذأ أبو محمد بن حزم فقال لا يقع طلاق بصفة لم تقع بعد ولا بفعل لم يقع لان الطلاق لا يقع في وقت وقوعه الا بايقاع من يطلق في ذلك الوقت ولا دليل من كتاب ولا سنة ولا اجماع على وقوع طلاق في وقت لم يوقعه فيه المطلق وإنما أزم نفسه ايقاعه فيه فان قلنا بالزوم لزم ان يوقف عند ذلك الوقت حتى يوقع هذا قياس قوله عندى وحجته وان كنت لست أذكر في هذا الوقت احتجاجة في ذلك .

﴿ الباب الثاني في المطلق الجائز الطلاق ﴾ واتفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحر غير المكره واختلعا في طلاق المكره والسكران وطلاق المريض وطلاق المقارب للبلوغ واتفقوا على انه يقع طلاق المريض ان صح واختلعا وهل ترثه ان مات أم لا . فأما طلاق المكره فانه غير واقع عند مالك والشافعي وأحمد وداود وجماعة . وبه قال عبد الله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن عباس وفرنسج الشافعي بين أن ينوى الطلاق أولا ينوى شيئا فان نوى الطلاق فعنهم قولان أحدهما لزومه وان لم ينو فتقولا أن أحدهما أنه لا يلزم وقال أبو حنيفة وأصحابه هو واقع وكذلك عتقه دون بيعه ففرقوا بين البيع والطلاق والعتق * وسبب الخلاف هل المطلق من قبل الا كراهة مختار أم ليس بمختار لانه ليس بكره على اللفظ اذ كان اللفظ انما يقع باختياره والمكره على الحقيقة هو الذي لم يكن له اختيار في ايقاع الشيء أصلا وكل واحد من الفريقين يحتاج بقوله عليه السلام : رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولكن الاظهر أن المكره على الطلاق وان كان موقعا للفظ باختياره انه ينطلق عليه في الشرع اسم المكره لقوله تعالى (الامن أكرهه وقلبه مطمئن بالإيمان) وانما فرق أبو حنيفة بين البيع والطلاق لان الطلاق مغاظ فيه ولذلك استوى جده وهزله وأما طلاق الصبي فان المشهور عن مالك انه لا يلزمه حتى يبلغ وقال في مختصره ما ليس في المختصر انه يلزمه اذا ناهز الاحتمال . وبه قال أحمد بن حنبل اذا دو أطاق صيام رمضان وقال عطاء اذا بلغ اثنتي عشرة سنة جاز طلاقه وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأما طلاق السكران فالجمهور من الفقهاء على وقوعه وقال قوم لا يقع منهم المنزني وبعض

أصحاب أبي حنيفة * والسبب في اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق فن قال هو
والجنون سواء اذ كان كلاهما فاقد للعقل ومن شرط التكيف العقل قال لا يقع ومن قال
الفرق بينهما أن السكران أدخل التمسد على عقله بارادته والمجنون بخلاف ذلك ألزم السكران
الطلاق وذلك من باب التغليظ عليه واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران بالجلية من الاحكام وما
لا يلزمه فقال مالك يلزمه الطلاق والعق والتودم من الجراح والقتل ولم يلزمه النكاح ولا البيع
وألزمه أبو حنيفة كل شيء وقال الليث كل ما جاء من منطق السكران فوضوع عنه ولا يلزمه
طلاق ولا عق ولا نكاح ولا بيع ولا حد في قذف وكل ما جنته جوارحه فلا يلزم له في حد في
الشرب والقتل والزنا والسرقة وثبت عن عثمان بن عفان رضى الله عنه انه كان لا يرى طلاق
السكران وزعم به بعض أهل العلم انه لا يخالف لعثمان في ذلك من الصحابة وقول من قال ان كل
طلاق جائز الا طلاق المعتوه ليس نصاً في الزام السكران الطلاق لان السكران معتوه ما وبه
قال داود وأبو ثور واسحاق وجماعة من التابعين أعنى أن طلاقه ليس يلزم وعن الشافعي
القولان في ذلك واختاراً كثيراً أصحابه قوله الموافق للجمهور واختار المنزى من أصحابه أن طلاقه
غير واقع . وأما المريض الذي يطلق طلاقاً بائناً ويموت من مرضه فان مالكاً وجماعة يقول
ترثه زوجته والشافعي وجماعة لا يورثها والذين قالوا بتورثها انقسموا ثلاث فرق ففرقة
قالت لها الميراث مادامت في العدة ومن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري وقال قوم لها
الميراث ما لم تنزوج ومن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلى وقال قوم بل ترث كانت في العدة أو لم
تكن تزوجت أم لم تنزوج وهو مذهب مالك والليث * وسبب الخلاف اختلافهم في
وجوب العمل بسد الذرائع وذلك أنه لما كان المريض يتم في أن يكون انما طلق في مرضه
زوجته ليقطع حظها من الميراث فن قال بسد الذرائع أوجب ميراثها ومن لم يقل بسد الذرائع
ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثاً وذلك ان هذا الطائفة تقول ان كان الطلاق قد وقع
فيجب أن يقع بجميع أحكامه لانهم قالوا انه لا يرثها ان ماتت وان كان لم يقع فالزوجية باقية
بجميع أحكامها ولا بد لخصوصهم من أحد الجوابين لانه يعسر أن يقال ان في الشرع نوعان من
الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية وأعسر من ذلك القول بالفرق
بين أن يصح أولاً يصح لان هذا يكون طلاقاً موقوف الحكم الى أن يصح أولاً يصح وهذا
كله مما يعسر القول به في الشرع ولكن انما أنس القائلين به انه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت
المالكية انه اجماع الصحابة ولا معنى لقولهم فان الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور وأما من

رأى أنها تترث في العدة فلان العدة عنده من بعض أحكام الزوجية وكأنه شبهها بالمطالبة الرجعية وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة وأما من اشترط في توريثها ما لم تنزوج فانه لحظ في ذلك اجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا تترث زوجين ولكون التهمة هي العلة عند الذين أوجبوا الميراث واختلفوا اذا طلبت هي الطلاق أو ملكها أمرها الزوج فطلعت نفسها فقال أبو حنيفة لا تترث أصلاً وفرق الا وراعى بين التملك والطلاق فقال ليس لها الميراث في التملك ولها في الطلاق وسوى مالك في ذلك كله حتى لقد قال ان ماتت لا يرثها وترثه هي ان مات وهذا مخالف للاصول جداً .

(الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق)

وأما من يقع طلاقه من النساء فاهم انفقوا على ان الطلاق يقع على النساء الاتى في عصمة أزواجهن أو قبل أن تنقضى عددهن في الطلاق الرجعي وانه لا يقع على الاجنبيات أعنى الطلاق المطلق . وأما تعليق الطلاق على الاجنبيات بشرط التزويج مثل أن يقول ان نكحت ولانة فهي طالق فان للعلماء في ذلك ثلاثة مذاهب قول ان الطلاق لا يتعلق باجنبيه أصلاً عم المطلق أو خص وهو قول الشافعي وأحمد وداود وجماعة وقول انه يتعلق بشرط التزويج عم المطلق جميع النساء أو خصص وهو قول أبي حنيفة وجماعة وقول انه ان عم جميع النساء لم يلزمه وان خصص لزمه وهو قول مالك وأصحابه أعنى مثل أن يقول كل امرأة أتزوجها من بنى فلان أو من بلد كذا فهي طالق وكذلك في وقت كذا فان هؤلاء يطلقون عند مالك اذا زوجن * وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود المالك متقدماً بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه فن قال هو من شرطه قال لا يتعلق الطلاق بالاجنبية ومن قال ليس من شرطه الوجود المالك فقط قال يقع بالاجنبية وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبني على المصاحبة وذلك انه اذا عم فاجنباً عليه التعميم لم يجز سبباً الى النكاح الحلال فكان ذلك عتابه وحر جاو كأنه من باب نذر المعصية وأما اذا خصص فليس الامر كذلك اذا ألزمناه البطلاق واحتج الشافعي بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا طلاق الا من بعد نكاح وفي رواية أخرى لا طلاق فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك وثبت ذلك عن علي ومعاذ وجابر بن عبد الله وابن عباس وعائشة وروى مثل قول أبي حنيفة عن عمرو بن مسعود وضعف قوم الرواية بذلك عن عمر رضى الله عنهم .

﴿الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق﴾ ولما كان الطلاق على ضربين ، بائن ، ورجعي وكانت أحكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير أحكام الرجعة بعد الطلاق الرجعي وجب أن يكون في هذا الجنس بابان ، الباب الاول في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي ، الباب الثاني في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن .

﴿ الباب الاول ﴾

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي مادامت في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى (ويعولتهن أحق بردهن في ذلك) وان من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له واتفقوا على انها تكون بالقول والشهاد واختلوا هل الاشهاد شرط في صحتها أم ليس بشرط وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء . فاما الاشهاد فذهب مالك الى انه مستحب وذهب الشافعي الى انه واجب * وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر وذلك ان ظاهر قوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) يقتضي الوجوب وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الانسان يقتضي أن لا يجب الاشهاد فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على الندب . وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة فان قومًا قالوا لا تكون الرجعة الا بالقول فقط وبه قال الشافعي وقوم قالوا تكون رجعتها بالوطء وهو لا ينعقد قسمين فقال قوم لا تصح الرجعة بالوطء الا اذا نوى بذلك الرجعة لان الفعل عنده ينزل منزلة القول مع النية وهو قول مالك واما أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء اذا نوى بذلك الرجعة ودون النية فاما الشافعي فقياس الرجعة على النكاح وقال قد أمر الله بالشهاد ولا يكون الاشهاد الا على القول . واما سبب الاختلاف بين مالك وأبي حنيفة فان ابا حنيفة يرى ان الرجعة محالة بالوطء عنده قياساً على المولى منها وعلى المظاهرة ولان الملك لم ينفصل عنده ولذلك كان التوارث بينهما وعند مالك ان وطء الرجعية حرام حتى يرجعها فلا بد عنده من النية فهذا هو اختلافهم في شروط صحة الرجعة واختلفوا في مقدار ما يجوز للزوج ان يطلع عليه من المطلقة الرجعية مادامت في العدة فقال مالك لا يخلو معها ولا يدخل عليها الا باذنها ولا ينظر الى شعرها ولا بأس ان يأكل معها اذا كان معها غيرهما وحكى ابن القاسم انه رجع عن اباحة الاكل معها وقال ابو حنيفة لا بأس ان تزين الرجعية لزوجها وتطيب له وتتشوف وتبدي البتان والكحل وبه قال الثوري وابو يوسف والاوزاعي وكلهم قالوا لا يدخل عليها الا ان تعلم

بدخوله بقول او حركة من تنحج او خفق نعل به واختلفوا من هذا الباب في الرجل يطلق زوجته طلبة رجعية وهو غائب ثم راجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة فتزوج اذا انتضت عدتها فذهب مالك الى انها للذي عند علمه النكاح دخل بها او لم يدخل هذا قوله في الموطأ وبه قال الاوزاعي والليث وروى عنه ابن القاسم انه رجع عن القول الاول وانه قال الاول اولى بها الا ان يدخل الثاني وبالقول الاول قال المديون من اصحابه ولم يرجع عنه لانه انبت في موطئه الى يوم مات وهو يقرأ عليه وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك في الموطأ واما الشافعي والكوفيون ابو حنيفة وغيرهم فقالوا زوجها الاول الذي ارتجعها أحق بها دخل بها الثاني او لم يدخل وبه قال ابو داود وابو ثور وهو مروى عن علي وهو الاخير وقد روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال في هذه المسئلة ان الزوج الذي ارتجعها مخير بين ان تكون امرأته او ان يرجع عليها كما كان اصديقها وحجة مالك في الرواية الاولى ما رواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال مضت السنة في الذي يطلق امرأته ثم راجعها فيكفرها رجعتها حتى تحل فتكح زوجها غيره انه ليس له من امرها شيء ولكنها لمن تزوجها وقد قيل ان هذا الحديث انما يروى عن ابن شهاب فقط وحجة الفريق الاول ان العلماء قد اجمعوا على ان الرجعة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة بدليل انهم قد اجمعوا على ان الاول احق بها قبل ان تزوج وإذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثاني فاسداً فان نكاح الغير لا تأثير له في ابطال الرجعة لا قبل الدخول ولا بعد الدخول وهو الاظهر ان شاء الله ويشهد لهذا ما أخرجه الترمذي عن سمرة بن جندب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة تزوجها اثنان فهي للاول منهما ومن باع بيعاً من رجلين فهو للاول منهما .

﴿ الباب الثاني ﴾

والطلاق البائن أما بعد دون الثلاث فذلك يقع في غير المدخول بها بلا خلاف وفي المختلة باختلاف وهل يقع ايضاً دون عوض فيه خلاف وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح اعني في اشتراط الصداق والولي والرضا الا انه لا يعتبر فيه انتضاء العدة عند الجمهور وشذوذهم فقالوا المختلة لا يزوجه زوجها في العدة ولا غيره وهو لاء كانهم رأوا منع النكاح في العدة عبادة وأما البائنة بالثلاث فان العلماء كلهم على أن المطلقة ثلاثاً لا تحل لزوجها الاول الا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموال انه طلق امرأته عمة بنت وهب في عهد رسول الله

صلى الله عليه وسلم ثلاثاً فذكرت عبد الرحمن بن الزبير فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسها
 فتأرقها فأراد دفعها زوجها الأول أن ينكحها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه
 عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة وشذ سعيد بن المسيب فقال إنه جائز أن ترجع
 إلى زوجها الأول بنفس العقد لعموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجاً غيره) والنكاح ينطلق
 على العقد وكلهم قال التنازع الحثانين يحايي إلا الحسن البصري فقال لا تحل إلا بوطء بازال
 وجههم والعلماء على أن الوطء الذي يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن
 الزوجين ويوجب الصداق هو التنازع الحثانين . وقال مالك وابن القاسم لا يحل المطلقة إلا
 الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح في غير صوم أو حرج أو حيض أو أعتكاف ولا
 يحل الذمية عندهما وطء زوج ذمي لمسلم ولا وطء من لم يكن بالغاً وخالفهما في ذلك كله
 الشافعي وأبو حنيفة والثوري والأوزاعي فتأولو يحل الوطء وان وقع في عقد فاسد ووقت غير
 مباح وكذلك وطء المراهق عندهم محل ويحل وطء الذمي الذمية للمسلم وكذلك المجنون
 عندهم والخصى الذي يبقى له ما يغييه في أفرج * والخلاف في هذا كله آيل إلى هل يتناول
 اسم السكاح أصناف الوطء الناقص أم لا يتناوله * واختلفوا من هذا الباب في نكاح المحلل
 أعني إذا تزوجها على شرط أن يحلها زوجها الأول فقال مالك النكاح فاسد يفسخ قبل
 الدخول وبعده والشرط فاسد لا تحل به ولا يعتبر في ذلك عنده إرادة المرأة التحليل وإنما
 يعتبر عنده إرادة الرجل وقال الشافعي وأبو حنيفة النكاح جائز ولا تؤثر النية في ذلك وبه قال
 داود وجعاعة وقالوا هو محلل للزوج المطلق ثلاثاً وقال بعضهم النكاح جائز والشرط باطل
 أي ليس يحلها وهو قول ابن أبي ليلى وروى عن الثوري واستدل مالك وأصحابه بما روى
 عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث علي بن أبي طالب وابن مسعود وأبي هريرة وعقبة
 ابن عامر أنه قال صلى الله عليه وسلم: لعن الله المحلل والحلل له فلعنه إياه كلعنه آكل الربا وشارب
 الخمر وذلك يدل على النهي والهبة يدل على فساد المنهي عنه واسم النكاح الشرعي لا ينطلق
 على النكاح المنهي عنه . وأما الفرق الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجاً غيره)
 وهذا نكح وقالوا ليس في تحريم قصد التحليل ما يدل على أن عدمه شرط في صحة النكاح
 كما أنه ليس النهي عن الصلاة في الدار المغصوبة مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة
 ملك التبعة أو الأذن من مالكها في ذلك قالوا وإذا لم يدل الهبة على فساد عقد النكاح فاحرى
 أن لا يدل على بطلان التحليل وإنما يعتبر مالك قصد المرأة لأنه إذا لم يوافقها على قصد هالم يكن

لنقصدها معنى مع ان الطلاق ليس بيدها * واختلفوا في هل يهدم الزوج مادون الثلاث فقال أبو خنيفة يهدم وقال مالك والشافعي لا يهدم أعنى اذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الاول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الاول أم لا فن رأى ان هذا شى يخص الثالثة بالشرع قال لا يهدم مادون الثالثة عنده ومن رأى ان يهدم الثالثة فهو أخرى أن يهدم مادونها قال يهدم مادون الثلاث والله أعلم .

﴿ الجملة الرابعة ﴾ وهذا الجملة قيمها بيان ، الاول في العدة ، الثانى في المتعة .

﴿ الباب الاول ﴾

والنظر في هذا الباب في فصلين ، الفصل الاول في عدة الزوجات ، الفصل الثانى في عدة ملك العيين .

﴿ الفصل الاول ﴾

والنظر في عدة الزوجات ينقسم الى نوعين ، أحدهما في معرفة العدة ، والثانى في معرفة أحكام العدة ﴿ النوع الاول ﴾ وكل زوجة فهي إما حرة وإما أمة وكل واحدة من هاتين اذا طلقت فلا يخلو أن تكون مدخولاً بها أو غير مدخول بها فاما غير المدخول بها فلا عدة عليها باجماع لقوله تعالى (فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) وأما المدخول بها فلا يخلو أن تكون من ذوات الحيض أو من غير ذوات الحيض وغير ذوات الحيض إما مصغرة وإما نائسات وذوات الحيض إما حوامل وإما جاريات على عادتهن في الحيض وإما مرتفعات الحيض وإما مستحاضات والمرتفعات الحيض في سن الحيض إما مرتبات بالحمل أى بحس في البطن وإما غير مرتبات وغير المرتبات إما معروفات بسبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض وإما غير معروفات فاما ذوات الحيض الاحرار الجاريات في حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن والنائسات منهن عدتهن ثلاثة أشهر ولا خلاف في هذا لانه منصوص عليه في قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) الآية وفي قوله تعالى (واللائئ يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم) الآية واختلفوا من هذه الآية في الاقراء ما حى فقال قوم هى الاطهار أعنى الازمنة التى بين الدمين وقال قوم هى الدم تنسه ومن قال ان الاقراء هى الاطهار أمان من قتها الا مصارفها لك والشافعي وجهه هو أهل المدينة وأبو ثور وجهه أمان من الصحابة فابن عمرو زيد بن ثابت وعائشة ومن قال ان

الاقراء هي الحيض أمان فتماء الامصار فابو حنيفة والثوري والاوزاعي وابن أبي ليلى
وجماعة وأمان الصحابة فعلى وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الأشعري وحكي
الاثم عن أحمد أنه قال الا كبر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون الاقراء هي
الحيض . وحكي أيضاً عن الشعبي أنه قول إحد عشر أو اثني عشر من أصحاب رسول الله
صلى الله عليه وسلم . وأما أحمد بن حنبل فاختلفت الرواية عنه فروى عنه أنه كان يقول انها
الا طهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ثم توقفت الا من أجل قول علي وابن
مسعود هو انها الحيض والفرق بين المذهبين هو ان من رأى انها الا طهار انها اذا دخلت
الرجعية عنده في الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للازواج ومن رأى انها
الحيض لم تحل عنده حتى تنقضي الحيضة الثالثة * وسبب الخلاف اشتراك اسم القرء فانه
يقال في كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الاطهار وقد رام كلا الفريقين ان يدل على
ان اسم القرء في الآية ظاهر في المعنى الذي يراه فالذين قالوا انها الاطهار قالوا ان هذا الجمع
خاص بالقرء الذي هو الطهر وذلك ان القرء الذي هو الحيض يجمع على اقراء لا على قروء
وحكو ذلك عن ابن الانباري وأيضاً فانهم قالوا ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكور فلو كان
القرء الذي يراد به الحيض لما ثبت في جمعه الهاء لان الهاء لا تثبت في جمع المؤنث فيأدون
العشرة وقالوا أيضاً ان الاشتقاق يدل على ذلك لان القرء مشتق من قرئت الماء في الحوض
أى جمعته فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر فهذا هو أقوى ما تمسك به الفريق الاول من ظاهر
الآية . وأما ما تمسك به الفريق الثاني من ظاهر الآية فانهم قالوا ان قوله تعالى (ثلاثة قروء)
ظاهر في تمام كل قرء منها لانه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه الا تجوزاً واذا وصفت الاقراء
بانها هي الاطهار أمكن أن تكون العدة عندهم بقرأين وبعض قرء لانها عندهم تعتد بالطهر الذي
تطلق فيه وان مضى أكثره واذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة الا تجوزاً
واسم الثلاثة ظاهر في كمال كل قرء منها وذلك لا يتفق الا بان تكون الاقراء هي الحيض لان
الاجماع منعقد على انها ان طلقت في حيضة انها لا تعتد بها ولكل واحد من الفريقين
احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء والذي رضىه الحدائق ان الآية مجملة في ذلك وان
الدليل ينبغي أن يطلب من جهة أخرى فمن أقوى ما تمسك به من رأى ان الاقراء هي الاطهار
حديث ابن عمر المتقدم وقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض
ثم تطهر ثم يطلقها ان شاء قبل أن يمسه فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء قالوا واجماعهم

على أن طلاق السنة لا يكون الا في طهر لم تمس فيه وقوله عليه الصلاة والسلام: فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء دليل واصبح على ان العدة هي الاطهار لكي يكون الطلاق متصلا بالعدة ويمكن ان يتأول قوله فتلك العدة اي فتلك مدة استقبال العدة لثلاث يتبعض القرء بالطلاق في الحيض واقرى ماتمسك به القرى الثاني ان العدة انما شرعت لبراءة الرحم وبراءتها انما تكون بالحيض لا بالاطهار ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالايام فالحيض هو سبب العدة بالاقراء فوجب ان تكون الاقراء هي الحيض واحتيج من قال الاقراء هي الاطهار بان قال المعتبر في براءة الرحم هو النقلة من الطهر الى الحيض لانقضاء الحيض فلا معنى لاعتبار الحيضة الاخيرة واذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التمام اعني المشترط هي الاطهار التي بين الحيضتين ولكلا القرينين احتجاجات طويلة ومذهب الحنفية اظهر من جهة المعنى وحجتهم من جهة السموع متساوية أو قريب من متساوية ولم يختلف القائلون ان العدة هي الاطهار انها تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة واختلف الذين قالوا انها الحيض فقل تنقضي بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة وبه قال الاوزاعي وقيل حين تغتسل من الحيضة الثالثة وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلي وابن مسعود ومن الفقهاء الثوري واسحاق بن عبيد وقيل حتى يمضي وقت الصلاة التي طهرت في وقتها وقيل ان الزوج عليها الرجعة وان فرطت في الغسل عشرين سنة حكى هذا عن شريك وقد قيل تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة وهو ايضا شاذ فهذه هي حال الحائض التي تحيض . واما التي تطاق فلا تحيض وهي في سن الحيض وليس هناك رغبة حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض فانها تنتظر عند مالك تسعة اشهر فان لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الاشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره فان مر بها تسعة اشهر قبل ان تحيض الثانية اعتدت بثلاثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الاشهر من العام الثاني انتظرت الحيضة الثالثة فان مر بها تسعة اشهر قبل ان تحيض اعتدت بثلاثة اشهر فان حاضت الثالثة في الثلاثة الاشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ولزوجها عليها الرجعة ما لم تحل واختلف عن مالك من متى تعد بالتسعة اشهر فقل من يوم طلقت وهو قوله في الموطأ وروى ابن القاسم عنه من يوم رفعها حيضتها وقال أبو حنيفة والشافعي والجمهور في التي ترتفع حيضتها وهي لا نياس منها في المستأنف انها تبقى أبداً تنتظر حتى تدخل في السن الذي تياس فيه من الحيض وحينئذ تعد بالاشهر وتحيض قبل ذلك وقول مالك مروى عن عمر بن

اختطاب وابن عباس وقول الجمهور وقيل ابن مسعود وزيد وعمدة مالك من طريق المعنى هو
ان المنتحرون بعدة انما هو ما يقع به براءة الرحم ظناً غالباً بدليل انه قد تحيض الحامل واذا كان
ذلك كذلك فمدة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم بل هي قاطعة على ذلك ثم تعتد بثلاثة أشهر
عدة اليائسة فان حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض واحتسبت بذلك
القرن ثم تنتظر الثمرة الثاني والسنة الى ان تمضي لها ثلاثة اقراء واما الجمهور فصاروا الى ظاهر
قوله تعالى (واللأني يأسن من الحيض من نسائك إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر) والتي هي من
من اهل الحيض ليست يائسة وهذا الرأي فيه عسر وحرج ولوقيل انها تعتد بثلاثة أشهر
لكان جيداً اذا فهم من اليائسة التي لا يقطع بانقطاع حيضتها وكان قوله ان ارتبتم راجعاً الى
الحكم لا الى الحيض على ما تأولده مالك عليه فكان ما لكالم يطابق مذهبه تأويله الآية فانه فهم
من اليائسة هنامن تقطع على أنها ليست من اهل الحيض وهذا لا يكون الا من قبل السن
ولذلك جعل قوله ان ارتبتم راجعاً الى الحكم لا الى الحيض اى ان شككتم في حكمهن ثم قال
في التي تبقى تسعة لا تحيض وهي في سن من تحيض انها تعتد بالاشهر وأما اسماعيل وابن بكير من
أصحابه فذهبوا الى ان الربذه هي في الحيض وان اليائس في كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما
يأس منه بالقطع فظا بقوا وتأويل الآية مذهبهم الذي هو مذهب مالك وانعم ما فعلوا لانه ان
فهم هنامن اليائس القطع فتدحج بان تنتظر الدم وتعتد به حتى يكون في هذا السن اعنى سن
اليائس وان فهم من اليائس ما لا يقطع بذلك فتدحج بان تعتد التي انقطع دمها عن العادة وهي
في سن من تحيض بالاشهر وهو قياس قول اهل الظاهر لان اليائسة في الطرفين ليس هي عندهم
من اهل العدة لا بالاقرء ولا بالشهور. وأما الفرق في ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها
فانستحسان. وأما التي ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع أو مرض فان المشهور عند
مالك انها تنتظر الحيض قصر الزمان ام طال وقد قيل ان المريضة مثل التي ترتفع حيضتها الغير
سبب وأما المستحاضة فعدتها عند مالك ستة اذ لم يميز بين الدمين فان ميزت بين الدمين فعنه
روايتان احدهما ان عدتها السنة والاخرى انها تعمل على التمييز فتعتد بالاقرء وقال أبو حنيفة
عدتها الاقرءان تميز لها وان لم تميز لها فتلاثة أشهر وقال الشافعي عدتها بالتمييز اذا انفصل
عنها الدم فيكرن الاحمر الثاني من الحيضة ويكون الا صفر من أيام الطهر فان طبق عليها الدم
اعتدت بعدد أيام حيضتها في صحتها وانما ذهب مالك الى بقاء السنة لانه جمعها مثل التي
لا تحيض وهي من اهل الحيض والشافعي انما ذهب في العارفة ايامها انها تعمل على معرفتها قياساً

على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة: اتركي الصلاة أيام اقرائك فإذا ذهب عنك قدرها فاغسلي الدم وانما اعتبر التميز من اعتبرت لقوله صلى الله عليه وسلم للطائفة بنت حبيش : اذا كان دم الحيض فنه دم أسود يعرف فإذا كان ذلك فامسكي عن الصلاة فإذا كان الآخر فتوضئي وصلي فانما هو عرق خرجه أبوداود وانما ذهب من ذهب الى عدتها بالشهور اذا احتلط عليها الدم لانه معلوم في الاغلب انها في كل شهر تحيض وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض . وخفاؤه كارتفاعه . وأما المستترابة اعني التي تجد حساً في بطنها تنظر به انه حمل فانها تمسك أكثر مدة الحمل وقد اختلف فيه فقيل في المذهب أربع سنين وقيل خمس سنين وقال أدل الظاهر تسعة أشهر ولا خلاف ان اقضاء عدة الحوامل لوضع حملين أعني المطلقات لقوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وأما الزوجات غير الحرائر فانهن ينقسمن أيضاً بتلك الاقسام بعينها أعني حيضاً ويائسات ومستحاضات ومرتفعات الحيض من غير يائسات . فاما الحيض اللاتى يأتين حيضهن فالجمهور على أن عدتهن حيضتان وذهب داود وأهل الظاهر الى ان عدتهن ثلاث حيض كالحره وبه قال ابن سيرين فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) وهي ممن ينطلق عليهم اسم المطلقة واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه وذلك انهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد أعني كونه متنصفاً مع الرق واما جعلوها حيضتين لان الحيضة الواحدة لا تتبع . وأما الامة المطلقة اليائسة من الحيض أو الصغيرة فان ما لا يكثر أهل المدينة قالوا عدتها ثلاثة أشهر وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأبو ثور وجماعة عدتها شهر ونصف شهر نصف عدة الحره وهو القياس اذا قلنا بتخصيص العموم فكان ما لا يكثر اضطرب قوله مرة أخذ بالعموم وذلك في اليائسات ومرة أخذ بالقياس وذلك في ذوات الحيض والقياس في ذلك واحد . وأما التي ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول في الحره والخلاف في ذلك وكذلك المستحاضة وانفة واعلى أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها واختلافوا فيمن راجع امراته في العدة من الطلاق الرجعي ثم فارقتها قبل أن يمسه هل تستأنف عدة أم لا فقال جمهور فقهاء الامصار تستأنف العدة وقالت فرقة تبتقي في عدتها من طلاقها الاول وهو أحد قولى الشافعي وقال داود ليس عليها أن تتم عدتها ولا عدة مستأنفة وبالجملة فعند مالك ان كل رجعة تهدم العدة وان لم يكن مسيس ما خلا رجعة المولى وقال الشافعي اذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الاولى وقول الشافعي أظهر

وكذلك عند مالك رجعة المعبّر بالنفقة تنف صحتها عند علي الا تفاق فان اتفق حجت الرجعة وخدمت المدة ان كان طلاقا وان لم يتفق بقيت على عدتها الاولى واذا تزوجت ثانيا في المدة فعن مالك في ذلك رايتان، احدهما تداخل العدتين، والاخرى فيه فوجه الاولى اعتبار براءة الرحم لان ذلك حاصل مع التداخل ووجه الثانية كون العدة عبادة فوجب أن تتعدد بتعدد النوط الذي له حرمة واذا عتقت الامة في عدة الطلاق مضت على عدة الامة عند مالك ولم تنتقل الى عدة الحرة وقال أبو حنيفة تنتقل في الطلاق الرجعي دون البائن وقال الشافعي تنتقل في الزوجين معا * وسبب الخلاف دل العدة من أحكام الزوجية ام من أحكام انفصالها فمن قال من أحكام الزوجية قال لا تنتقل عدتها ومن قال من أحكام انفصال الزوجية قال تنتقل كما لو اعتقت وهي زوجة ثم طلقت. وأما من فرق بين البائن والرجعي فبين وذلك ان الرجعي فيه شبه من أحكام العصمة ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق اذا مات وهي في عدة من طلاق رجعي وانها تنتقل الى عدة الموت فهذا هو التسم الاول من قسمي النظر في العدة

﴿ القسم الثاني ﴾

وأما النظر في أحكام العدد فانهم اختلفوا على أن للمعدة الرجعية النفقة والسكنى وكذلك الحامل لقوله تعالى في الرجعيات (أسكنوهن من حيث سكنن من وجدكم) الآية ولقوله تعالى (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملن) واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقةها إذا لم تكن حاملا على ثلاثة أقوال أحدها أن لها السكنى والنفقة وهو قول الكوفيين والقول الثاني أنه لا سكنى لها ولا نفقة وهو قول أحمد وداود وأبي ثور واسحاق وجماعة والثالث أن لها السكنى ولا نفقة لها وهو قول مالك والشافعي وجماعة * وسبب اختلافهم اختلاف الرواية في حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روى في حديث فاطمة بنت قيس انها قالت طلقتني زوجي ثلاثا على عيّد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة خرجه مسلم وفي بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إنما السكنى والنفقة لمن تزوجها عليها الرجعة وهذا القول مروي عن علي وابن عباس وجابر بن عبد الله وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فانهم احتجوا بما رواه مالك في موطنه من حديث فاطمة المذكورة وفيه قتال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة

وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم ولم يذكر فيها اسقاط السكنى فبقى على عمومته في قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وعللوا أمره عليه الصلاة والسلام لها بان تعتد في بيت ابن أم مكتوم بأنه كان في لسانها بذاء وأما الذين أوجبوا لها السكنى والتفقة فصاروا الى وجوب السكنى لها بعد وم قوله (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وصاروا الى وجوب التفقة لها لكون التفقة تابعة لوجوب الاسكان في الرجعية وفي الحامل وفي نفس الزوجية وبالجملة فحينما وجبت السكنى في الشرع وجبت التفقة وروى عن عمر أنه قال في حديث فاطمة هذا لا ندع كتاب نبينا وسنته لقول امرأة أريد قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) الآية ولان المعروف من سنته عليه الصلاة والسلام انه أوجب التفقة حيث تجب السكنى فلذلك الاولى في هذه المسئلة اما ان يقال ان لها الامرين جميعاً مصيراً الى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة واما أن يخص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور. وأما التفريق بين إيجاب التفقة والسكنى فمسيرو وجه عمره ضعف دليله وينبغي ان تعلم ان المسلمين اتفقوا على أن العدة تكون في ثلاثة أشياء في طلاق أو موت أو اختيار الامة نفسها اذا أعتقت واختلفوا فيها في القسوخ والجهور على وجوبها ولما كان الكلام في العدة يتعلق فيه أحكام عدة الموت رأينا أن نذكرها هنا فنقول ان المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجها الحر أربع أشهر وعشر لقوله تعالى (يترصدن بأفسهن أربع أشهر وعشر) واختلفوا في عدة الحامل وفي عدة الامة اذا لم تأت بها حيضتها في الاربع أشهر وعشر وماذا حكمها فذهب مالك الى أن من شرط تمام هذه العدة أن تحيض حيضة واحدة في هذه المدة فان لم تحض فهي عنده مستراة فتمت مدة الحمل وقيل عنه انها قد لا تحيض وقد لا تكون مستراة وذلك اذا كانت عادت في الحيض أكثر من مدة العدة وهذا اما غير موجود اعني من تكون عادت ان تحيض من أكثر من أربع أشهر الى أكثر من أربع أشهر واما نادراً واختلف عنه فبين هذه حالها من النساء اذا وجدت فقيل تنتظر حتى تحيض وروى عنه ابن القاسم تزوج اذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل وعلى هذا جمهور فقهاء الامصار أبي حنيفة والشافعي والثوري.

وأما المسئلة الثانية وهي الحامل التي يتوفى عنها زوجها فقال الجمهور وجميع فقهاء الامصار عدتها أن تضع حملها مصيراً الى عموم قوله تعالى (وأولات الاحمال أجملن أن يضعن حملهن) وان كانت الآية في الطلاق وأخذاً أيضاً بحديث أم سلمة ان سبيعة

الاسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه فجأت رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقال لها قد حلت فانكحي من شئت وروى مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الاجلين
يريد أنها تعتد بأبعد الاجلين اما الجمل واما انقضاء العدة عدة الموت وروى مثل ذلك عن علي
ابن أبي طالب رضى الله عنه والحجة لهم أن ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل
وآية الوفاة. وأما الامة المتوفى عنها من نحل لدهانها لا تخلو ان تكون زوجة او ملك يمين أو أم
ولداً وغيرهم ولد فاما الزوجة فتقال الجمهوران عدتها نصف عدة الحرة قاسوا ذلك على العدة
وقال أهل الظاهر بل عدتها عدة الحرة وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيراً الى التعميم.
وأما أم الولد فتقال مالك والشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة عدتها حيضة وبه قال
ابن عمر وقال مالك وإن كانت ممن لا تحيض اعتدت ثلاثة أشهر ولها السكنى وقال
أبو حنيفة وأصحابه والثوري عدتها ثلاث حيض وهو قول علي وابن مسعود وقال قوم
عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها وقال قوم عدتها عدة الحرة أربعة أشهر
وعشراً وحجة مالك أنها ليست زوجة فتعتد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتد ثلاث حيض فلم
يبق الاستبراء رحمها وذلك يكون بحیضة تشبهها بالامة يموت عنها سيدها وذلك ما لا خلاف
فيه وحجة أبي حنيفة أن العدة إنما وجبت عليها وهي حرة وايمت بزوجة فتعتد عدة الوفاة
ولا بامه فتعتد عدة أمه فوجب أن تستبرأ رحمها بعدة الاحرار. وأما الذين اوجبوا لها عدة
الوفاة فاحتجوا بحديث روى عن عمرو بن العاص قال: لا تلبسوا علينا سنة نينا عدة أم الولد
إذا توفى عنها سيدها أربعة أشهر وعشر وضعف أحمد هذا الحديث ولم يأخذه. وأما من
أوجب عليها نصف عدة الحرة فتشبهها بالزوجة الامة فبسبب الخلاف أنها مسكوت عنها
وهي مترددة الشبه بين الامة والحرة وأما من شبهها بالزوجة الامة فضعيف وأضعف منه من
شبهها بعدة الحرة المطلقة وهو مذهب أبي حنيفة.

﴿الباب الثاني في المتعة﴾

والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة وقال قوم من أهل الظاهر هي واجبة في كل
مطلقة وقال قوم هي مندوب اليها وليست واجبة وبه قال مالك والذين قالوا بوجوبها في
بعض المطلقات اختلفوا في ذلك فتقال أبو حنيفة هي واجبة على من طلق قبل الدخول ولم
يفرض لها صداق مسمى وقال الشافعي هي واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبله الا

التي سمي لها وطلقت قبل الدخول وعلى هذا جمهور العلماء ، واحتج أبو حنيفة بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقنوهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فاعتوهن وسرحوهن سراح جيلا) فاشتراط المتعة مع عدم المسيس وقال تعالى (وإن طلقنوهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) فلم انه لا متعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس لانه اذا لم يجب لها الصداق فاحرى ان يجب لها المتعة وهذا لعمرى بخيل لانه حيث لم يجب لها صداق اقيمت المتعة مقامه وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها شيء . وأما الشافعي فيحمل الامر الواردة بالمتعة في قوله تعالى (ومتعهوهن على الموسع قدره وعلى المتقدره) على العموم في كل مطلقة الا التي سمي لها وطلقت قبل الدخول . وأما اهل الظاهر فحملوا الامر على العموم والجمهور على ان المختلفة لا متعة لها لكنهم معطية من يدها كالحال في التي طلقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق وأهل الظاهر يقولون هو شرع فتأخذ وتعطي . وأما مالك فانه حمل الامر بالمتعة على التنبؤ لقوله تعالى في آخر الآية (حقاً على المحسنين) أي على المتفضلين المتجملين وما كان من باب الاجمال والاحسان فليس بواجب ، واختلفوا في المطلقة المعتدة هل عليها احواد فقال مالك ليس عليها احواد

﴿ باب في بعث الحكمين ﴾

اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين اذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت احوالهما في التشاجر أعنى الحق من المبطل لقوله تعالى (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكيمان أهله وحكما من أهلها) الآية وأجمعوا على أن الحكمين لا يكونان الا من اهل الزوجين ، أحدهما من قبل الزوج ، والاخر من قبل المرأة الا أن لا يوجد في أهلها من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما وأجمعوا على أن الحكمين اذا اختلفا لم ينفذ قولهما وأجمعوا على ان قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين ، واختلفوا في تفريق الحكمين بينهما اذا اتفقا على ذلك هل يحتاج الى اذن من الزوج او لا يحتاج الى ذلك فقال مالك وأصحابه يجوز قولهما في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا اذن منهما في ذلك وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما ليس لهما ان يفرقا الا ان يجعل الزوج اليهما التفريق وحجة مالك ما رواه من ذلك عن علي بن أبي طالب انه قال في الحكمين اليهما التفرقة بين الزوجين والجمع وحجة الشافعي وأبي حنيفة ان الاصل ان الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج واختلف أصحاب مالك في الحكمين

يطلقان ثلاثاً فقال ابن القاسم تكون واحدة وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثاً ان طلقتها ثلاثاً
والاصل ان الطلاق بيد الرجل الا أن يقوم دليل على غير ذلك وقد احتج الشافعي وأبو حنيفة
بما روى في حديث علي هذا انه قال للحكمين هل تدريان ما عليكما ان رأيكما أن تجعما جمعاً
وان رأيكما ان تفرقا فراقا قالت المرأة رضيت بكتاب الله وبما فيه لي وعلى فقال الرجل اما
الفرقة فلا فقال علي لا والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما أقرت به المرأة قال فاعتبر في ذلك اذنه
ومالك يشبه الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق بالضرر عند مالك اذا تبين .

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

﴿وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً﴾

﴿كتاب الإيلاء﴾

والاصل في هذا الباب قوله تعالى (الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) والايلاء هو
أن يحلف الرجل أن لا يطأ زوجته امامدة هي أكثر من اربعة أشهر او اربعة أشهر او بطلاق
على الاختلاف المذكور في ذلك فيما بعد واختلف فقهاء الامصار في الإيلاء في مواضع فمنها
هل تطلق المرأة بانقضاء الاربعة أشهر المضروبة بالنص للمولى ام انما تطلق بان توقف بعد
الاربعة أشهر فامافاء وما طلق ومنها هل الإيلاء يكون بكل يمين أم بالايمان المباحة في
الشرع فقط ومنها ان أمسك عن الوطء بغير يمين هل يكون مولياً أم لا ومنها هل المولى هو الذي
قيد يمينه بمدة من اربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك أو المولى هو الذي لم يقيد يمينه بمدة أصلاً
ومنها هل طلاق الإيلاء بائن أو رجعي ومنها ان ابى الطلاق والى هل يطلق القاضي عليه أم لا
ومنها هل يتكرر الإيلاء اذا طلقها ثم راجعها من غير إيلاء حادث في الزواج الثاني ومنها هل من
شرط رجعة المولى ان يطأها في العدة أم لا ومنها هل إيلاء العبد حكمه ان يكون مثل إيلاء الحر
أم لا ومنها هل اذا طلقها بعد انقضاء مدة الإيلاء تلزمها عدة أم لا فهذه هي مسائل الخلاف
المشهورة في الإيلاء بين فقهاء الامصار التي تنزل من هذا الباب منزلة الاصول ونحن نذكر
مخلافهم في مسألة مسألة منها وعيون أدلتهم وأسباب خلافهم على ما قصدنا .

﴿المسئلة الاولى﴾ اما اختلافهم هل يطلق بانتضاء الاربعه الاشهر نفسها أم لا تطلق وانما الحكم أن يوقف فاما فاء واما طلق فان مالكا والشافعي وأحمد وأبانور وداود والليث ذهبوا الى أنه يوقف بعد انتضاء الاربعه الاشهر فاما فاء واما طلق وهو قول علي وابن عمر وان كان قد روى عنهما غير ذلك لكن الصحيح هو هذا وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري وبالجمله الكوفيون الى أن الطلاق يقع بانتضاء الاربعه الاشهر الا ان يفي فيها وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين * وسبب الخلاف هل قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) أى فان فاء واقبل انتضاء الاربعه الاشهر أو بعدها فمن فهم منه قبل انتضاءها قال يقع الطلاق ومعنى العزم عنده في قوله تعالى (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) ان لا يفي حتى تنقضى المدة فمن فهم من اشتراط الفئته اشتراطها بعد انتضاء المدة قال معنى قوله (وإن عزموا الطلاق) أى باللفظ (فان الله سميع عليم) ولها السكينة في الآية اربعه ادلة، أحدها انه جعل مدة التربص حقا للزوج دون الزوجة فاشبهت مدة الاجل في الديون المؤجلة ، الدليل الثاني ان الله تعالى اضاف الطلاق الى فعله وعندهم ليس يقع من فعله الا تحجوزاً أعنى ليس ينسب اليه على مذهب الحنفية الا تحجوزاً وليس يصار الى المجاز عن الظاهر الا بدليل ، الدليل الثالث قوله تعالى (وإن عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) قالوا فهذا يقتضى وقوع الطلاق على وجه يسمع وهو وقوعه باللفظ لا بانتضاء المدة . الرابع ان الفاء في قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) ظاهرة في معنى التعقيب فدل ذلك على أن الفئته بعد المدة وربما شبهوا هذه المدة بمدة العنة . وأما أبو حنيفة فانه اعتمد في ذلك تشبيه هذه المدة بالعدة الرجعية اذ كانت العدة انما شرعت لئلا يقع منه ندم وباجلة فشبهوا الايلاء بالطلاق الرجعى وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوى وقد روى ذلك عن ابن عباس .

﴿المسئلة الثانية﴾ وأما اختلافهم في اليمين التي يكون بها الايلاء فان مالكا قال يقع الايلاء بكل يمين وقال الشافعي لا يقع الا بالايمان المباحة في الشرع وهي اليمين بالله أو بصفة من صفاته فمالكا اعتمد العموم اعنى عموم قوله تعالى (للذين يؤولون من نساءهم تربص اربعه اشهر) والشافعي يشبه الايلاء بيمين الكفارة وذلك ان كلا اليمينين يترتب عليهما حكم شرعى فوجب ان تكون انمين التي ترتب عليهما حكم الايلاء هي اليمين التي يترتب عليها الحكم الذي هو الكفارة

﴿المسئلة الثالثة﴾ وأما لحوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك الوطء بغير يمين فان الجمهور على أنه لا يلزمه حكم الايلاء بغير يمين ومالك يلزمه وذلك اذا قصد الاضرار بترك الوطء وان لم

يختلف على ذلك في جمهور معتدوا الظاهر ومالك اعتمد المعنى لان الحكم انما لزمه باعتقاده ترك الوطاء وسواء شهد ذلك الاعتقاد بيمين او بغير يمين لان الضرر يوجد في الخاتلين جميعاً
 في المسئلة الرابعة (١) وأما اختلافهم في مدة الإيلاء فان مالكاً ومن قال بقوله يرى ان مدة الإيلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة أشهر اذ كان النفي عندها نكاحاً بعد الاربعه الأشهر وأما أبو حنيفة فان مدة الإيلاء عنده هي الاربعه الأشهر فقط اذ كان النفي عنده انكاحاً وفيها وذهب الحسن وابن أبي ليلى الى انه اذا حلف وقتاً ما وان كان أقل من اربعه أشهر كان مؤثماً يضرب له الاجل الى انتضاء الاربعه الأشهر من وقت التمين وروى عن ابن عباس ان المولى هو من حلف ان لا يصيب امرأته على التأييد والسبب في اختلافهم في المدة اطلاق الآية فاختلافهم في وقت النفي وفي صفة التمين ومدته هو كون الآية عامة في هذه المعاني أو بمجملة وكذلك اختلافهم في صفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق على ماسيأتي بعد . وأما ما سوى ذلك فسبب اختلافهم فيه هو سبب السكوت عنها وهذه هي اركان الإيلاء اعني معرفة نوع التمين ووقت النفي والمدة وصفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق الواقع فيه .

في المسئلة الخامسة (٢) فاما الطلاق الذي يقع بالإيلاء فعند مالك والشافعي انه رجعي لان الاصل ان كل طلاق وقع بالشرع انه يجب ان يحمل على انه رجعي الى ان يدل الدليل على انه بائن وقال أبو حنيفة وابو ثور هو بائن قالوا وذلك انه ان كان رجعياً لم يزل الضرر عنها بذلك لانه يجبرها على الرجعة . فسبب الاختلاف معارضة المصلحة المتصودة بالإيلاء للاصل المعروف في الطلاق فمن غلب الاصل قال رجعي ومن غلب المصلحة قال بائن .

في المسئلة السادسة (٣) وأما هل يطلق القاضي اذا أنفى أو الطلاق او يحبس حتى يطلق فان مالكاً قال يطلق القاضي عليه وقال اهل الظاهر يحبس حتى يطلقها بنفسه . وسبب الخلاف معارضة الاصل المعروف في الطلاق للمصلحة فمن راعى الاصل المعروف في الطلاق قال لا يقع طلاق الامن الزوج ومن راعى الضرر الداخول من ذلك على النساء قال يطلق السلطان وهو نظر الى المصلحة العامة وهذا هو الذي يعرف بالتيسر المرسل والمنقول عن مالك العمل به وكثير من الفقهاء يأتون بذلك .

في المسئلة السابعة (٤) وأما هل تكرر الإيلاء اذا طلقها ثم راجعها فان مالكاً يقول اذا راجعها فلم يأتها تكرر الإيلاء عليه وهذا عند في الطلاق الرجعي والبائن وقال أبو حنيفة الطلاق البائن يسقط الإيلاء وهو أحد قولي الشافعي وهذا القول هو الذي اختاره المازني وجماعة

العلماء على ان الایلاء لا يتكرر بعد الطلاق الا باعادة اليمين * والسبب في اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الایلاء وذلك انه لا الایلاء في الشرع الا حيث يكون يمين في ذلك النكاح بنفسه لا في نكاح آخر ولكن ان راينا هذا وجد الضرر المقصود ازالتسه بحكم الایلاء ولذلك رأی مالک انه يحكم بحکم الایلاء بغير يمين اذا وجد معنى الایلاء

المسئلة الثامنة ﴿ واما هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس تلزمها فان الجمهور على ان العدة تلزمها وقال جابر بن زيد لا تلزمها عدة اذا كانت قد حاضت في مدة الاربع اشهر ثلاث حيض وقال بقوله طائفة وهو مروى عن ابن عباس وحجته ان العدة انما وضعت لبراءة الرحم وهذه قد حصلت لها البراءة وحجة الجمهور انها مطلقة فوجب ان تعد كسائر المطلقات وسبب الخلاف ان العدة جمعت عبادة ومصلحة فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة .

المسئلة التاسعة ﴿ وأما إيلاء العبد فان مالكا قال إيلاء العبد شهران على النصف من إيلاء الحر قياساً على حدوده وطلاقه وقال الشافعي وأهل الظاهر إيلاء مؤمناً مثل إيلاء الحر أربع أشهر تمسكاً بالعموم والظاهر ان تعلق الإيمان بالحر والعبد سواء والإيلاء يمين وقياساً أيضاً على مدة العنين وقال أبو حنيفة النقص الداخل على الإيلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة فان كانت المرأة حرة كان الإيلاء إيلاء الحر وان كان الزوج عبداً وان كانت أمة فعلى النصف وقياس الإيلاء على الحر غير جيد وذلك ان العبد انما كان حده أقل من حد الحر لان الفاحشة منه أقل تجاً ومن الجر أعظم قبحاً ومدة الإيلاء انما ضربت جمعاً بين التوسعة على الزوج وبين ازالة الضرر عن الزوجة فاذا فرضنا مدة أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأنفى للضرر عن الزوجة والحر أحق بالتوسعة ونفى الضرر عنه فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لا ينقص من الإيلاء الا اذا كان الزوج عبداً والزوجة حرة فقط وهذا لم يقل به أحد فالواجب التسوية والذين قالوا بتأثير الرق في مدة الإيلاء اختلفوا في زوال الرق بعد الإيلاء هل ينتقل الى إيلاء الاحرار أم لا فقال مالكا لا ينتقل من إيلاء العبيد الى إيلاء الاحرار وقال أبو حنيفة ينتقل فعند ان الامة اذا اعتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت الى إيلاء الاحرار وقال ابن القاسم الصغيرة التي لا يجمع مثلها لا إيلاء عليها فان وقع وتمت ادى حسبت الاربع اشهر من يوم بلغت وانما قال ذلك لانه لا ضرر عليها في ترك الجماع وقال أيضاً لا إيلاء على خصي ولا على من لا يقدر على الجماع .

المسئلة العاشرة) وأما هل من شرط رجعة المولى ان يظاً في العدة أم لا فان الجمهور ذهبوا الى أن ذلك ليس من شرطها وأما مالك فانه قال اذا لم يظاً فيها من غير عذر مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها وتبقى على عدتها ولا سبيل له اليها اذا انتقضت العدة وحجة الجمهور انه لا يخلو أن يكون الايلاء يعود برجعته ايها في العدة أولاً يعود فان عاد لم يعتبر واستؤنف الايلاء من وقت الرجعة أعنى بحسب مدة الايلاء من وقت الرجعة وان لم يعد الايلاء لم يعتبر أصلاً الا على مذهب من يرى ان الايلاء يكون بغير يمين وكيفما كان فلا بد من اعتبار الاربعه الاشهر من وقت الرجعة . وأما مالك فانه قال كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر فان حجة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر وأصله المعسر بالنفقة اذا طلق عليه ثم ارتجع فان رجعته تعتبر تحتها يساره * فسبب الخلاف قياس الشبه وذلك ان من شبه الرجعة بابتداء النكاح أوجب فيها تجديد الايلاء ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال يبقى على الاصل .

﴿ كتاب الظهار ﴾

والاصل في الظهار الكتاب والسنة فاما الكتاب فقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) الآية . وأما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهري زوجي أويس بن الصامت فحس رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله يجادلني فيه ويقول اتق الله فانه ابن عمك فإخرجت حتى أنزل الله (قد سمع الله قول التي تجادل في زوجها وتشتكي الى الله والله يسمع تحاوركما) الايات فقال ليعتق رقبة قالت لا يجحد قال فيصوم شهرين متتابعين قالت يا رسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال فليطعم ستين مسكيناً قالت ما عنده من شيء يتصدق به قال فاني سأعينه بعرق من تمر قالت وأنا اعينه بعرق آخر قال لقد أحسنت اذهبي فأطعمي عنه ستين مسكيناً أخرجه أبو داود وحديث سلمة بن صخر البياضي عن النبي صلى الله عليه وسلم والكلام في أصول الظهار ينحصر في سبعة فصول . منها في ألقاظ الظهار . ومنها في شرط وجوب الكفارة فيه . ومنها فيمن يصح فيه الظهار . ومنها في ما يحرم على المظاهر . ومنها هل يتكرار الظهار بتكرار النكاح . ومنها هل الايلاء عليه . ومنها القول في أحكام كفارة الظهار .

﴿ الفصل الاول ﴾

وانفق الفقهاء على ان الرجل اذا قال لزوجه أنت على كظهر امي انه ظهار واختلوا اذا ذكر عضو غير الظهر أو ذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التأييد غير الام فقال مالك هو ظهار وقال جماعة من العلماء لا يكون ظهاراً الا بلفظ الظهر والام وقال أبو حنيفة يكون بكل عضو يحرم النظر اليه * وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر وذلك ان معنى التحريم تستوى فيه الام وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من الاعضاء . وأما الظاهر من الشرع فانه يقتضى ان لا يسمى ظهاراً الا ما ذكر فيه لفظ الظهر والام . وأما اذا قال هي على كأمي ولم يذكر الظهر فقال أبو حنيفة والشافعي ينوي في ذلك لانه قد يريد بذلك الاجلال لها وعظم منزلتها عنده وقال مالك هو ظهار . وأما من شبهه زوجته باجنبية لا تحرم عليه على التأييد فانه ظهار عند مالك وعبد ابن الماجشون ليس بظهار * وسبب الخلاف هل تشبيهه الزوجة بمحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم .

﴿ الفصل الثاني ﴾

• وأما شروط وجوب الكفارة فان الجمهور على انها لا تجب دون العود وشذ مجاهد وطاوس فقالا لا تجب دون العود ودليل الجمهور قوله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرر رقبته » وهو نص في معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود وأيضا من طريق القياس فان الظهار يشبه الكفارة في اليمين فكما ان الكفارة انما تلزم بالمخالفة أو بارادة المخالفة كذلك الامر في الظهار وحجة مجاهد وطاوس انه معنى يوجب الكفارة العليا فوجب ان يوجبها بنفسه لا بمعنى زائد تشبيها بكفارة القتل والطر وأيضاً فانهم قالوا انه كان طلاق الجاهلية فتسخ تحريمه بالكفارة وهو معنى قوله تعالى « ثم يعودون لما قالوا » والعود عندهم هو العود في الاسلام . فأما القائلون باشتراط العود في ايجاب الكفارة فانهم اختلفوا فيه ما هو فعن مالك في ذلك ثلاث روايات ، إحداهن ان العود هو ان يعزم على امساكها والوطء معاً ، والثانية ان يعزم على وطئها فقط وهي الرواية الصحيحة المشهورة عند أصحابه وبه قال أبو حنيفة وأحمد ، والرواية الثالثة ان العود هو نفس الوطء وهي أضعف

الر وايات عند أصحابه وقال الشافعي العود هو الامساك نفسه قال ومن مضى له زمان يمكنه ان يطلق فيه ولم يطلق ثبت انه عائد ولزمته الكفارة لان اقامته زمانا يمكنه ان يطلق فيه من غير ان يطلق يقوم مقام ارادة الامساك منه أو هو دليل ذلك وقال داود وأهل الظاهر العود هو ان يكر رلفظ الظاهر ثانية ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه فليل الرواية المشهورة لما لك تبنى على أصليين ، أحدهما ان المفهوم من الظاهر هو ان وجوب الكفارة فيه انما يكون بارادته العود الى ما حرم على نفسه بالظهار وهو الوطء واذا كان ذلك كذلك وجب ان تكون العود هي . إما الوطء نفسه . وإما العزم عليه وارادته والا صل الثاني انه ليس يمكن ان يكون العود نفسه هو الوطء لقوله تعالى في الآية « فتحرير رقبة من قبل ان يماسا » ولذلك كان الوطء محرماً حتى يكفر قالوا ولو كان العود نفسه الامساك لكان الظهار نفسه يحرم الامساك فكان الظهار يكون طلاقاً وبالجملة فالمعول عندهم في هذه المسئلة هو الطريق الذي يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم وذلك ان معنى العود لا يخلو ان يكون تكرار اللفظ على ما اراد داود أو الوطء نفسه أو الامساك نفسه أو ارادة الوطء ولا يكون تكراراً للفظ لان ذلك تأكيدياً والتأكيدي لا يوجب الكفارة ولا يكون ارادة الامساك للوطء فان الامساك موجود بعد فقد بقي ان يكون ارادة الوطء وان كان ارادة الامساك للوطء فقد اراد الوطء فثبت ان العود هو الوطء ومعتقد الشافعية في اجرائهم ارادة الامساك أو الامساك مجرى ارادة الوطء ان الامساك يلزم عنه الوطء فجعلوا لازم الشيء مشبهاً بالشيء وجعلوا احكهما واحداً وهو قريب من الرواية الثانية وربما استدلت الشافعية على ان ارادة الامساك هو السبب في وجوب الكفارة ان الكفارة ترتفع بارتفاع الامساك وذلك اذا طلق أثر الظهار ولهذا احتاط مالك في الرواية الثانية فجعل العود هو ارادة الامرين جميعاً أعني الوطء والامساك . وأما ان يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص والمعتقد فيها تشبيه الظهار باليمين أي كما أن كفارة اليمين انما تجب بالحنث كذلك الامر ههنا وهو قياس شبه عارضة النص . وأما داود فانه تعلق بظاهر اللفظ في قوله تعالى « ثم يعودون لما قالوا » وذلك يقتضي الرجوع الى القول نفسه وعند أبي حنيفة انه العود في الاسلام الى ما تقدم من ظهارهم في الجاهلية وعند مالك والشافعي ان المعنى في الآية « ثم يعودون فيما قالوا » وسبب الخلاف بالجملة انما هو مخالفة الظاهر للمفهوم فن اعتمد المفهوم جعل العود ارادة الوطء أو الامساك وتأول معنى الالام في قوله تعالى « ثم يعودون لما قالوا » بمعنى فيء . وأما من اعتمد الظاهر فانه جعل العود

تكريراً للفظ. وأن العودة الثانية أعماهى ثانية للاولى التى كانت منهم فى الجاهلية ومن تأول أحد هذين فلا شبهة ان يعتقد ان بنفس الظهار تجب الكفارة كما اعتقد ذلك محاهد الان يتدرب فى الآية محذوفاً وهو ارادة الامساك فهنا اذا ثلاثة مذاهب . إما ان تكون العودة هى تكرار اللفظ ، وإما ان تكون ارادة الامساك ، وإما ان تكون العودة هى التى فى الاسلام وهذا ينقسمان قسمين أعنى الاول والثالث ، أحدهما ان يتدرب فى الآية محذوفاً وهو ارادة الامساك فيشترط هذا الارادة فى وجوب الكفارة . وإما الا يتدرب فيها محذوفاً فتجب الكفارة بنفس الظهار واختلفوا من هذا الباب فى فروع وهو هل اذا طلق قبل ارادة الامساك أو ماتت عنده وجته هل تكون عليه كفارة أم لا فجمهور العلماء على ان لا كفارة عليه الا ان يطلق بعد ارادة العودة أو بعد الامساك بزمان طويل على ما يراه الشافعى وحكى عن عثمان البتي ان عليه الكفارة بعد الطلاق وانها اذا ماتت قبل ارادة العودة لم يكن له سبيل الى ميراثها الا بعد الكفارة وهذا شذوذ مخالف للنص والله أعلم .

﴿ الفصل الثالث ﴾

واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التى فى العصمة واختلفوا فى الظهار من الامة ومن التى فى غير العصمة وكذلك اختلفوا فى ظهار المرأة من الرجل . فأما الظهار من الامة فقال مالك والشرى وجماعة الظهار منها لا زم كالظهار من الزوجة الحرة وكذلك المدبرة وأم الولد وقال الشافعى وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور لا ظهار من أمة وقال الاوزاعى ان كان بطاً أمته فهو منها مظاهر وان لم يبطأها فبى يمين وفيها كفارة يمين وقال عطاء هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة فدلل من أوقع ظهار الامة عموم قوله تعالى «والذين يظاهرون من نسائهم» والامة من النساء وحجة من لم يجعله ظهاراً انهم قد أجمعوا ان النساء فى قوله تعالى «لدين يولون من نسائهم» تر بص أربعة أشهر «هن ذوات الازواج فكذلك اسم النساء فى آية الظهار * فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم أعنى تشبيه الظهار بالايلاء وعموم لفظ النساء أعنى ان عموم اللفظ يقتضى دخول الامة فى الظهار وتشبيهه بالايلاء يقتضى خروج من الظهار . وأما هل من شرط الظهار كون المظاهر منها فى العصمة أم لا فذهب مالك ان ذلك ليس من شرطه وان من عين امرأة ما بعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهراً منها وكذلك ان لم يعين وقال كل امرأة أتر وجهها فبى منى كظها منى وذلك بخلاف الطلاق بقول مالك فى

الظهار قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وقال قائلون لا يلزم الظهار الا فيما يملك الرجل ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو ثور وداود وفرق قوم فقالوا ان أطلق لم يلزمه ظهار وهو ان يقول كل امرأة أتر وجهافهي مني كظهرامي فان قيدلزمه وهو ان تزوجت فلانة أو سمي قرية أو قبيلة وقائل هذا القول هو ابن أبي ليلى والحسن بن حي ودليل الفرق الاول قوله تعالى أو فوا بالعقود ولانه عقد على شرط الملك فاشبهه ذا ملك والمؤمنون عند شر وطهم وهو قول عمر . وأما حجة الشافعي فحديث عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك ولا وفاء بنذر الا فيما يملك خرجه أبو داود والترمذي والظهار شبيه بالطلاق وهو قول ابن عباس . وأما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين فافهم رأوا ان التعميم في الظهار من باب الحرج وقد قال تعالى « وما جعل عليكم في الدين من حرج » واختلفوا أيضاً من هذا الباب في هل تظاهر المرأة من الرجل فعن العلماء في ذلك ثلاثة أقوال ، أشهرها انه لا يكون منها ظهار وهو قول مالك والشافعي ، والثاني ان عليها كفارة يمين ، والثالث ان عليها كفارة الظهار ومعتمد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق ومن أزم المرأة الظهار فتشبهها للظهار باليمين ومن فرق فلانه رأى ان أقل اللازم لها في ذلك هو كفارة يمين وهو ضعيف * وسبب الخلاف تعارض الاشهاد في هذا المعنى .

*(الفصل الرابع) *

وانفقوا على ان المظاهر يحرم عليه الوطء واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء في غير الفرج ونظر الى لذة فذهب مالك الى انه يحرم الجماع وجميع أنواع الاستمتاع مما دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج والممس والتقبيل والنظر للذة ما عدا وجهها وكفها ويدها من سائر بدنهما ومحاسنها وبه قال أبو حنيفة الا انه انما كره النظر للفرج فقط وقال الشافعي انما يحرم الظهار الوطء في الفرج فقط الجمع عليه لا ما عدا ذلك وبه قال الثوري وأحمد وجماعة ودليل قول مالك قوله تعالى « من قبل ان يمتاسا » وظاهر لفظ التماس يقتضي المباشرة فافوقها ولانه أيضاً لفظ حرمت عليه به فاشبهه لفظ الطلاق ودليل قول الشافعي ان المباشرة كناية ههنا عن الجماع بدليل اجماعهم على ان الوطء محرم عليه واذا دلت على الجماع لم تدل على ما فوق الجماع لانها إما ان تدل على ما فوق الجماع . وإما ان تدل على الجماع وهي الدلالة المجازية لكن قد اتفقوا على انها دالة على الجماع فانتفت الدلالة المجازية اذ لا يدل لفظ واحد دلالتين

حقيقة ومجازاً قالت الذين يرون ان اللفظ المشترك له عموم لا يبعد ان يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعاً أعنى الحقيقة والمجاز وان كان لم تجر به عادة للعرب ولذلك القول به في غاية من الضعف ولوعلم ان للشرح فيه تصرفاً لجاز وأيضاً فان الظاهر مشبه عندهم بالايلاء فوجب ان يختص عندهم بالشرح .

*(الفصل الخامس) *

• وأما تكرار الظهار بعد الطلاق أعنى اذا طلقتهم بعد الظهار قبل ان يكفروا راجعها هل يتكرر عليه الظهار فلا يحل له الميسر حتى يكفر فيه خلاف قال مالك ان طلقتها دون الثلاث ثم راجعها في العدة أو بعدها فعليه الكفارة وقال الشافعي ان راجعها في العدة فعليه الكفارة وان راجعها في غير العدة فلا كفارة عليه وعنه قول آخر مثل قول مالك وقال محمد بن الحسن الظهار راجع عليها نكحها بعد الثلاث أو بعد واحدة وهذه المسئلة شبيهة بمن يحلف بالطلاق ثم يطلق ثم يراجع هل تبقى تلك اليمين عليه أم لا * وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجة ويهدمها أولاً يهدمها فمنهم من رأى ان البائن الذي هو الثلاث يهدم وان مادون الثلاث لا يهدم ومنهم من رأى ان الطلاق كله غير هادم وأحسب ان من الظاهرية من يرى انه كله هادم .

*(الفصل السادس) *

وأما هل يدخل الايلاء على الظهار اذا كان مضاراً وذلك بان لا يكفر مع قدرته على الكفارة فان فيه أيضاً اختلافاً فأبو حنيفة والشافعي يقولان لا يتداخل الحكما لان حكم الظهار خلاف حكم الايلاء وسواء كان عندهم مضاراً أو لم يكن وبه قال الاوزاعي وأحمد وجهاء وقال مالك يدخل الايلاء على الظهار بشرط ان يكون مضاراً وقال الثوري يدخل الايلاء على الظهار وتبين منه باقتضاء الاربعة الاشهر من غير اعتبار المضارة فقيه ثلاثة أقوال ، قول انه يدخل باطلاق ، وقول انه لا يدخل باطلاق ، وقول انه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها وسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر فمن اعتبر الظاهر قال لا يتداخلان ومن اعتبر المعنى قال يتداخلان اذا كان المقصد الضرر .

(الفصل السابع)

والنظر في كفارة الظهار في أشياء . منها في عدد أنواع الكفارة وترتيبها وشروط نوع نوع منها أعني الشروط المصححة ومتى تجب كفارة واحدة ومتى تجب أكثر من واحدة فاما أنواعها فانهم أجمعوا على انها ثلاثة أنواع ، اعتاق رقبة ، أو صيام شهرين ، أو إطعام ستين مسكينا وانما على الترتيب فالاعتاق أولا فان لم يكن فالصيام فان لم يكن فالإطعام وهذا في الحر واختلّفوا في العبد هل يكفر بالعتق أو لا لا طعام بعد اتّفاقهم ان الذي يبدأ به الصيام أعني اذا عجز عن الصيام فاجاز للعبد العتق ان اذن له سيده أبو ثور ودادود وأبي ذلك سائر العلماء وأما الاطعام فاجازه له مالك ان أطعم باذن سيده ولم يحجز ذلك أبو حنيفة والشافعي ومبنى الخلاف في هذه المسئلة هل يملك العبد أولا يملك * وأما اختلافهم في الشروط المصححة ففيها اختلاف فهم اذا وطء في صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يستأنف الصيام إلا أن أبا حنيفة شرط في ذلك العمد ولم يفرق مالك بين العمد في ذلك والنسيان وقال الشافعي لا يستأنف على حال . وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين والشرط الذي ورد في كفارة الظهار أعني أن تكون قبل المسيس فن اعتبر هذا الشرط قال يستأنف الصوم ومن شبهه بكفارة اليمين قال لا يستأنف لان الكفارة في اليمين ترفع الحنث بعد وقوعه بانفاق ومنها هل من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة أم لا فذهب مالك والشافعي الى أن ذلك شرط في الاجزاء وقال أبو حنيفة يحجز في ذلك رقبة الكافر ولا يحجز عندهم اعتاق الوثنية والمرتدة دليل الفريق الاول انه اعتاق على وجه الرقبة فوجب أن تكون مسامة أصله الاعتاق في كفارة القتل ور بما قالوا ان هذا ليس من باب القياس وانما هو من باب حمل المطلق على المقيد وذلك انه قيد الرقبة بالايمان في كفارة القتل وأطلقها في كفارة الظهار فيجب صرف المطاق الى المقيد وهذا النوع من حمل المطلق على المقيد فيه خلاف والحنفية لا يحجزونه وذلك أن الاسباب في القضيتين مختلفة . وأما حجة أبي حنيفة فهو ظاهر العموم ولا معارضة عنده بين المطلق والمقيد فوجب عنده أن يحمل كل على لفظه * ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة أن تكون سالمة من العيوب أم لا ثم ان كانت سالمة من أي العيوب تشترط سالمة فالذي عليه الجمهور أن للعيوب تأثير في منع اجزاء العتق وذهب قوم الى أنه ليس لها تأثير في ذلك وحجة الجمهور تشبيهها بالاضاحي والهدايا لكون الرقبة تجمعها وحجة الفريق الثاني اطلاق اللفظ

في الآية * فبسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه والذين قالوا ان للعيوب تأثيراً في منع
الاجزاء اختلفوا في عيب عيب مما يعتبر في الاجزاء أو عدمه أما العمی وقطع الیدین أو الرجلین
فلا خلاف عندهم في انه مانع للاجزاء واختلفوا فيما دون ذلك فمن اهل يجوز قطع اليد الواحدة
أجاره أبو حنيفة ومنعه مالك والشافعي . وأما الا عور فقال مالك لا يحزى وقال عبد الملك
يحزى . وأما الا قطع الاذنين فقال مالك لا يحزى وقال أصحاب الشافعي يحزى . وأما الا صم
فاختلف فيه في مذهب مالك فقيل يحزى وقيل لا يحزى * وأما الا خرس فلا يحزى عند
مالك وعن الشافعي في ذلك قولان . أما المجنون فلا يحزى . أما الخصى فقال ابن القاسم
لا يعجنى الخصى وقال غيره لا يحزى وقال الشافعي يحزى واعتاق الصغير جائز في قول
عامة فقهاء الا مزاروحكي عن بعض المتقدمين منعه والعرج الخفيف في المذهب يحزى . وأما
البين العرج فلا * والسبب في اختلاف فهم اختلافهم في قدر التقص المؤثر في القرية وليس له
أصل في الشرع الا الضحاياء وكذلك لا يحزى في المذهب ما فيه شركة أو طرف حرية
كالكتابة والتدبير لقوله تعالى (فتحرير رقبة مؤمنة) والتحرير هو ابتداء الاعتاق واذا
كان فيه عقد من عقد الحرية كالكتابة كان تنجزاً باعتاقاً وكذلك الشركة لان بعض
الرقبة ليس برقبة وقال أبو حنيفة ان كان المكاتب أدى شيئاً من مال الكتابة لم يحز وان كان لم
يؤد جاز واختلفوا هل يحزى به عتق مدبره فقال مالك لا يحزى به تشبيهاً بالكتابة لانه عقد ليس له
حله وقال الشافعي يحزى به ولا يحزى عند مالك اعتاق أم ولده ولا المعتق الى أجل مسمى .
أما عتق أم الولد فلان عقدها آكد من عقد الكتابة والتدبير بدليل انها قديطر أعليهما
الفسخ أما في الكتابة فن العجز عن اداء النجوم وأما في التدبير فداضاقت عنه الثلث وأما العتق
الى أجل فانه عقد عتق لا سبيل الى حله . واختلف مالك والشافعي مع أبي حنيفة في اجزاء
عتق من يعتق عليه بالنسب فقال مالك والشافعي لا يحزى عنه وقال أبو حنيفة اذا نوى به عتقه
عن ظهار أجزأ فابو حنيفة شبهة بالرقبة التي لا يجب عتقها وذلك ان كل واحدة من الرقبتين غير
واجب عليه شراؤها وبذل القيمة فيها على وجه العتق فاذا نوى بذلك التكمير جاز والمالكية
والشافعية رأيت انه اذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد الى اعتاقه فلا يحزى به
فابو حنيفة أقام القصد للشراء مقام العتق وهو لا قالوا لا بد أن يكون قاصداً للعتق نفسه
فكلما يسمى معتقاً باختياره ولكن أحدهما معتق بالاختيار الاول والاخر معتق بلازم
الاختيار فكانه معتق على القصد الثاني ومشتري على القصد الاول والاخر بالعكس واختلف

مالك والشافعي فيمن اعتق نصفى عبد بن فقال مالك لا يجوز ذلك ، وقال الشافعي يجوز لانه في معنى الواحد ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتبرة .
وأما شروط الاطعام فانهم اختلفوا من ذلك في التقدير الذي يحزى لمسكين مسكين من السنتين مسكيناً الذين وقع عليهم النص فمن مالك في ذلك روايتان أشهر هما ان ذلك مد بعد هشام لكل واحد وذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم وقد قيل هو أقل وقد قيل هو مد وثلاث . وأما الرواية الثانية فقد مد لكل مسكين بمد النبي صلى الله عليه وسلم . وبه قال الشافعي فوجه الرواية الاولى اعتبار الشبع غالباً أعنى الغداء والعشاء ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفارة اليمين فهذا هو اختلافهم في شروط الصحة في الواجبات في هذه الكفارة . وأما اختلافهم في مواضع تعددها ومواضع اتحادها فمنها اذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة أكثر من واحدة هل يحزى في ذلك كفارة واحدة أم يكون عدد الكفارات على عدد النسوة فعند مالك انه يحزى في ذلك كفارة واحدة وعند الشافعي وأبي حنيفة أن فيها من الكفارات بعدد المظاهر فمن ان اثنتين فاثنتين وان ثلاثاً فثلاثاً وان أكثر فأكثراً فمن شبهه بالطلاق أوجب في كل واحدة كفارة ومن شبهه باليلاء أوجب فيه كفارة واحدة وهو باليلاء أشبه ومنها اذا ظاهر من امرأته في مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة أو على عدد المواضع التي ظاهر فيها فقال مالك ليس عليه الا كفارة واحدة الا أن يظهر ثم يكفر ثم يظهر فعليه كفارة ثانية وبه قال الاوزاعي وأحمد واسحاق وقال أبو حنيفة والشافعي لكل ظاهر كفارة . وأما اذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك ان في ذلك كفارة واحدة وعند أبي حنيفة ان ذلك راجع الى نيته فان قصد التأكيد كانت الكفارة واحدة وان أراد استئناف الظاهر كان ما أراد ولزمه من الكفارات على عدد الظاهر وقال يحيى بن سعيد تلزم الكفارة على عدد الظاهر سواء كان في مجلس واحد أو في مجالس شتى * والسبب في هذا الاختلاف أن الظاهر الواحد بالحقبة هو الذي يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة في وقت واحد والمتعدد بلا خلاف هو الذي يكون بلفظين من امرأتين في وقتين فان كرر اللفظ من امرأة واحدة فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظاهر أم لا يوجب ذلك فيه تعدد او كذلك ان كان اللفظ واحداً والظاهر ، نهأ أكثر من واحدة وذلك ان هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين فمن غلب عليه شبه الطرف الواحد أوجب له حكمه ومن غلب عليه شبه الطرف الثاني أوجب له حكمه ومنها اذا ظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا فأكثروا فقهاء الا مصار مالك والشافعي

وأبو حنيفة والثوري والاوزاعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود والطبري وأبو عبيد أن في ذلك كفارة واحدة والمجته لهم حديث سامة بن صخر البياضي أنه ظاهر من امر أنه في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بامر أنه قبل أن يكفر فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيراً واحداً وقال قوم عليه كفارتان كعمارة العزم على الوطء وكفارة الوطء لأنه وطئ وطئاً محرماً وهو مروى عن عمرو بن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب وقد قيل أنه لا يلزمه شيء إلا عن العود ولا عن الوطء إلا أن الله تعالى اشتراط صحة الكفارة قبل المسيس فإذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب إلا بامر مجدد وذلك معدوم في مسئلتنا وفيه شذوذ وقال أبو محمد بن حزم من كان فرضه الاطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الاطعام وإنما يحرم المسيس على من كان فرضه العتق أو الصيام .

(كتاب اللعان)

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول يعد القول بوجوده ، الفصل الاول في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها ، الفصل الثاني في صفات المتلاعنين ، الثالث في صفة اللعان ، الرابع في حكم نكول أحدهما أو رجوعه ، الخامس في الاحكام اللازمة لتتمام اللعان ، فأما الاصل في وجوب اللعان أمان الكتاب فقولته تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم) الآية وأمان السنة فخاروا مالك وغيره من مخرجي الصحيح من حديث عويمر العجلاني اذ جاء الى عاصم بن عدي العجلاني رجل من قومه فقال له يا عاصم أرايت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أقتله فتقتلونه أم كيف يفعل سأل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يرجع عاصم الى أهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم تأتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التي سألت عنها فقال والله لا أنتهي حتى أسأله عنها فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله أرايت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أقتله فتقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفي صاحبك قرآن فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا وانامع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يفرغ من تلاعها قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها

فقلت يا ملائكة اني امر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قل مالك قل اين شهاب فم
 تزل تلك سنة السلاطين وايضا من طريق المعنى لما كان القرائش موجبا للحقوق انسب كان
 بالناس ضرورة الى طريق يتقونه به اذا تحققتوا فسادهم تلك الطريق هي اللعان فاللعان حكم
 ثابت بالكتاب والسنة والقياس والاجماع اذا خلا خلاف في ذلك أعلمه في هذا هو القول في
 اثبات حكمه .

(الفصل الاول)

واما صور الدعوى التي يجب بها اللعان فهي اولا صورته ، احداهما دعوى الزنا والثانية في
 الحمل ودعوى الزنا لا يخلو ان تكون مشاهدة اعني ان يدعى انه شاهد ها ترقى كما يشهد
 الشاهد على الزنا وتكون دعوى مطلقة واذا اتى الحمل فلا يخلو ان ينفيه ايضا شيا مطلقا او
 يزعم انه لم يقر بها بعد استبرائها في هذه اربعة احوال بائنا وسائر الدعوى تتركب عن هذه
 مثل ان يرميها بالزنا وينفي الحمل او يثبت الحمل ويرميها بالزنا . فاما وجوب اللعان بالتدقيق
 بالزنا اذا ادعى الزويرة فلا خلاف فيه قلت المالكية اذا زعم انهم يضاها بعد . واما وجوب
 اللعان بمجرد التدقيق فالجمهور على جواز الشافعي وابو حنيفة والشافعي واحمد وادود وغيره .
 واما المشهور عن مالك فانه لا يجوز اللعان عنده بمجرد التدقيق وقد قل ابن القاسم ايضا انه يجوز
 وهي ايضا رواية عن مالك وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم) الآية
 ولم يخص في الزنا صفة دون صفة كما قال في ايجاب حد التدقيق وحجة مالك ظواهر الاحاديث
 الواردة في ذلك . منها قوله في حديث سعد ارايت لو ان رجلا وجد مع امرأته رجلا وحديث
 ابن عباس وفيه فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله يا رسول الله لقد رايت بعيني
 وسمعت باذني فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فزلت (والذين
 يرمون ازواجهم) الآية وايضا فان الدعوى يجب ان تكون بينة كالمشاهدة وفي هذا الباب
 فرع اختلف فيه قول مالك وهو اذا ظهر بها حمل بعد اللعان فعن مالك في ذلك روايةان
 احداهما سقوط الحمل عنه والاخرى لحوقه به وانتقوا في الحسب ان من شرط الدعوى
 الموجبة اللعان برؤية الزنا ان تكون في العصمة واختلفوا فيمن قذف زوجته بدعوى الزنا
 ثم طلبت ائلا ما حمل يكون بينهما اللعان ام لا فقال مالك والشافعي والاوزاعي وجماعة بينهما اللعان
 وقال ابو حنيفة لا لعان بينهما الا ان ينفي ولدا ولا حد وقال مكحول والحكم وقتادة يحد ولا
 يلاعن . واما ان اتى الحمل فانه كما قلنا على وجيبين : أحدهما ان يدعى انه استبرأ دائما لم يضاها بعد

الاستبراء وهذا لا خلاف فيه. واختلف قول مالك في الاستبراء فقال مرة ثلاث حيض وقال مرة حيضة . واما نفيه مطلقا فالمشهور عن مالك انه لا يجب بذلك لعان وخالفه في هذا الشافعي واحمد وداود وقالوا لا معنى لهذا لان المرأة قد تحمل مع رؤيه الدم وحكى عبد الوهاب عن اصحاب الشافعي انه لا يجوز نفى الحمل مطلقا من غير قذف واختلفوا من هذا الباب في فرع وهو وقت نفى الحمل فقال الجمهور بنفيه وهي حامل وشرط مالك انه متى لم ينفيه وهو حمل لم يجب له ان ينفيه بعد الولادة بل لعان وقال الشافعي اذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن لم يكن له ان ينفيه بعد الولادة وقال ابو حنيفة لا ينفي الولد حتى تضع وحجة مالك ومن قال بقوله الا ثمار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود واس وسهل بن سعد ان النبي عليه الصلاة والسلام حين حكم باللعان بين المتلاعنين : قال ان جاءت به على صفة كذا فما اراد الا قد صدق عليها قالوا وهذا يدل على انها كانت حاملا في وقت اللعان وحجة ابى حنيفة ان الحمل قد ينفس ويضمحل فلا وجه للعان الا على يقين ومن حجة الجمهور ان الشرع قد علق بظهور الحمل احكاما كثيرة كالنفقة والعدة ومنع الوطء فوجب ان يكون قياس اللعان كذلك وعند ابى حنيفة انه يلاعن وان لم ينف الحمل الا وقت الولادة وكذلك ما قرب من الولادة ولم يوقت في ذلك وقتا ووقت صاحبه ابو يوسف ومحمد فقالا له ان ينفيه ما بين اربعين ليلة من وقت الولادة والذين اوجبوا اللعان في وقت الحمل انفقوا على ان له نفيه في وقت العصمة واختلفوا في نفيه بعد الطلاق فذهب مالك الى ان له ذلك في جميع المدة التي يلحق الولد فيها بالفراس وذلك هو اقصى زمان الحمل عنده وذلك نحو من اربع سنين عنده او خمس سنين وكذلك عنده حكم نفى الولد بعد الطلاق اذا لم يزل منكرا له وبقرير من هذا المعنى قال الشافعي وقال قوم ليس له ان ينفي الحمل الا في العدة فقط وان نفاه في غير العدة حدد والحق به الولد فالحكم يجب به عند الجمهور الى انقضائه اطول مدة الحمل على اختلاف فهم في ذلك فان الظاهرية ترى ان اقصر مدة الحمل التي يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك وهي التسعة اشهر وما قاربها ولا اختلاف بينهم انه يجب الحكم به في مدة العصمة فزاد على اقصر مدة الحمل وهي الستة اشهر اعني ان يولد المولود لسته اشهر من وقت الدخول او امكانه لا من وقت العقد وشذ ابو حنيفة فقال من وقت العقد وان علم ان الدخول غير ممكن حتى انه ان تزوج عنده رجل بالمغرب الاقصى امرأة بالمشرق الاقصى فحاعت بولده لرأس ستة اشهر من وقت العقد انه يلحق به الا ان ينفيه بلعان وهو في هذه المسئلة ظاهري محض لانه اعتمد في ذلك عموم قوله عليه

الصلاة والسلام : الولد للفراش وهذه المرأة قد صارت فراشاً له بالعقد فكانه رأى ان هذه عبادة غير معلاة وهذا شئ ضعيف واختلاف قول مالك من هذا الباب في فرع وهو انه اذا ادعى انها زنت واعترف بالحمل فعنه في ذلك ثلاث روايات ، احداها انه يحسد ويأحق به الولد ولا يلاعن ، والثانية انه يلاعن وينفى الولد ، والثالثة انه يلحق به الولد ولا عن يدرأ الحد عن نفسه وبسبب الخلاف هل يلتفت الى اثباته مع موجب فيه وهو دعواه الزنا واختلقوا ايضاً من هذا الباب في فرع وهو اذا اقام الشهود على الزنا هل له ان يلاعن ام لا فقال ابو حنيفة وداود لا يلاعن لان اللعان انما جعل عوض الشهود لقوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم) الآية وقال مالك والشافعي يلاعن لان الشهود لا تأثير لهم في دفع الفراش .

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما صفة المتلاعنين فان قوما قالوا يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانا أو عبدین أو أحدهما حر والاخر عبد محدودين كانا أو عديليْن أو أحدهما مسلمين كانا أو كان الزوج مساماً والزوجة كتابية ولا لعان بين كافرين الا ان يترافعا لينا ومن قال بهذا القول مالك والشافعي وقال ابو حنيفة وأصحابه لا لعان الا بين مسلمين حرين عديليْن وبالجملة فللعان عندهم انما يجوز لمن كان من أهل الشهادة وحجة أصحاب القول الاول عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم) ولم يشترط في ذلك شرطاً ومعتقد الحنفية أن اللعان شهادة فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة اذ قد ساءم الله شهداء لقوله (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) ويقولون انه لا يكون لعان الا بين من يجب عليه الحد في القذف الواقع بينهما وقد اتفقوا على ان العبد لا يحذف نفسه وكذلك الكافر فشهدوا ومن يجب عليه اللعان بمن يجب في قذف الحد اذا كان اللعان انما وضع لدرء الحد مع نفي النسب وربما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا لعان بين أربعة العبدین والكافرين والجمهور يرون أنه يمين وان كان يسمى شهادة فان أحد الا يشهد لنفسه . واما ان الشهادة قد يعبر عنها باليمين فذلك بين في قوله تعالى (اذا جاءك المنافقون قالوا الاية ثم قال) (اتخذوا أيمانهم جنة) وأجمعوا على جواز لعان الاعمى واختلقوا في الاخرس فقال مالك والشافعي يلاعن الاخرس اذا فهم عنه وقال ابو حنيفة لا يلاعن لانه ليس من أهل الشهادة وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ .

﴿ الفصل الثالث ﴾

فاما صفة اللعان فتتأرجح عند جمهور العلماء وليس بينهم في ذلك كبير خلاف وذلك على ظاهر ما تقتضيه الفاظ الآية فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيته ارتكب ذلك الحمل ليس مني ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم تشهد هي أربع شهادات بنقيض ما شهد هو به ثم تخمس بالغضب هذا كله متفق عليه واختلف الناس هل يجوز أن يبدل مكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة ومكان أشهد أقسم ومكان قوله بالله غيره من أسمائه والجمهور على أنه لا يجوز من ذلك الا مانص عليه من هذه الالفاظ أصله عدد الشهادات وأجمعوا على أن من شرط صحته أن يكون بحكم حاكم .

﴿ الفصل الرابع ﴾

فاما اذا نكل الزوج فقال الجمهور انه يحد وقال أبو حنيفة انه لا يحد ويحبس وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات) الآية وهذا عام في الاجنبي والزوجة وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود فوجب اذا نكل ان يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود أعني انه يحد وما جاء أيضاً من حديث ابن عمر وغيره في قصة العجلائي من قوله عليه الصلاة والسلام: ان قتلت قتلت وان نطقت جلدت وان سكت سكت على غيظ واحتج الفريق الثاني بأن آية اللعان لم تتضمن إيجاب الحد عليه عند النكول والتعريض لا يجابه زيادة في النص والزيادة عندهم نسخ والنسخ لا يجوز بالقياس ولا باخبار اللاحاد قالوا أيضاً لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تأثير في إسقاطه لان الالتعان يمين فلم يسقط به الحد عن الاجنبي فكذلك الزوج والحق ان الالتعان يمين مخصوصة فوجب أن يكون لها حكم مخصوص وقد نص على المرأة ان اليمين يدرأ عنها العذاب قال كلام فيا هو العذاب الذي يندرى عنها باليمين والاشتراك الذي في اسم العذاب اختلوا أيضاً في الواجب عليها اذا نكلت فنال الشافعي ومالك وأحمد والجمهور انها تحد وحدها الرجم ان كان دخل بها ووجدت فيها شروط الاحصان وان لم يكن دخل بها فالحد وقال أبو حنيفة اذا نكلت وجب عليها الحبس حتى تلاعن ووجهه قوله عليه الصلاة والسلام: لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان أو كفر بعد ايمان أو قتل نفس بغير نفس وأيضاً فان سفك

الدم بالنكول حكم ترده الاصول فانه اذا كان كثير من القتها لا يوجبون غرم المال بالنكول فكان بالحري أن لا يجب بذلك سفك الدماء بالجملة فقاعدة الدماء مبناها في الشرع على أنها لا تراق الا بالينة العادلة أو بالاقرار ومن الواجب الا تخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك فأبو حنيفة في هذه المسئلة أولى بالصواب ان شاء الله وقد اعترف أبو المعالي في كتابه في البرهان بقوة أبي حنيفة في هذه المسئلة وهو شافعي واتفقوا على انه اذا أ كذب نفسه حد والحق به الولدان كان نفي ولد أو اختلقوا هل له ان يراجعها بعد اتفاق جمهورهم على ان الفرقة تجب باللعان . إما بنفسه وإما يحكم حاكم على ما يقوله بعد فقال مالك والشافعي والثوري ودادود وأحمد وجهور فقهاء الامصار انهما لا يجتمعان أبداً وان كذب نفسه وقال أبو حنيفة وجماعة اذا أ كذب نفسه جلد الحد وكان خاطباً من الخطاب وقد قال قوم ترد اليه امرأته وحجة الفريق الاول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا سبيل لك عليها ولم يستثن فأطلق التحريم وحجة الفريق الثاني انه اذا أ كذب نفسه فقد بطل حكم اللعان فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه وذلك ان السبب الموجب للتحريم انما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بان أحدهما كاذب فاذا انكشف ارتفع التحريم .

﴿ الفصل الخامس ﴾

فأما موجبات اللعان فان العلماء اختلفوا من ذلك في مسائل . منها هل تجب الفرقة أم لا وان وجبت فمتى تجب وهل تجب بنفس اللعان أم يحكم حاكم واذا وقعت فهل هي طلاق أو فسخ فذهب الجمهور الى أن الفرقة تقع باللعان لما اشتهر في ذلك في أحاديث اللعان من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وقال ابن شهاب فيارواه مالك عنه فكانت تلك سنة المتلاعنين ولقوله صلى الله عليه وسلم : لا سبيل لك عليها وقال عثمان البتي وطائفة من أهل البصرة لا يعقب اللعان فرقة واحتجوا بان ذلك حكم يتضمنه آية اللعان ولا هو صريح في الاحاديث لان في الحديث المشهور رانه طلقتها بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه وأيضاً فان اللعان انما شرع لدرء حد القذف فلم يوجب تحريماً تشبهاً بالينة وحجة الجمهور رانه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاثر وابطال حدود الله ما أوجب أن لا يجتمعا بعدها أبداً وذلك ان الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهو لا يعد عدموا ذلك كل العدم ولا أقل من أن تكون عقوبتهما الفرقة وبالجملة فالقبح الذي بينهما غاية القبح . وأما متى تقع الفرقة فقال مالك

والليث وجماعة انها تنع اذا فرغ جميعاً من اللعان وقال الشافعي اذا أكل الزوج لعانه وقعت
الفرقة وقال أبو حنيفة لا تنع الا بحكم حاكم به قال الثوري وأحمد وحجة مالك على الشافعي
حديث ابن عمر قال فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال حساً بكما على الله
أحدكما كاذب لا سبيل لك عليهما وروى انه لم يفرق بينهما الا بعد تمام اللعان وحجة الشافعي
ان لعانها انما تدرك به الحد عن نفسها فقط ولعان الرجل هو المؤثر في نفى النسب فوجب ان
كان للعان تأثير في الفرقة ان يكون لعان الرجل تشبيهاً بالطلاق وحجتهما جميعاً على أبي حنيفة
أن النبي صلى الله عليه وسلم أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما فدل ذلك على ان
اللعان دوسبب الفرقة . وأما أبو حنيفة فيرى ان الفراق انما يثبت بينهما بحكمه وأمره صلى الله
عليه وسلم بذلك حين قال : لا سبيل لك عليهما فرأى ان حكمه شرط في وقوع الفرقة كما ان
حكمه شرط في صحة اللعان * فسبب الخلاف بين من رأى انه تقع به فرقة وبين من لم يرد ذلك
ان فريق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بيناً في الحديث المشهور لانه بادر بنفسه
فضائق قبل ان يخبره بوجوب الفرقة والاصل ان لا فرقة الا بطلاق وان ليس في الشرع تحريم
يتأبد أعني متفقاً عليه فمن غلب هذا الاصل على المفهوم لا حتماله نفى وجوب الفرقة قال بإيجابها
. وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أو لم يشترطه فتردد هذا الحكم بين ان يغلب
عليه شبهة الاحكام التي يشترط في صحتها حكم الحاكم أو التي لا يشترط ذلك فيها . وأما المسئلة
الرابعة وهي اذا قلنا ان الفرقة تنع فهل ذلك فسخ أو طلاق فان ائتائين بالفرقة اختلفوا في ذلك
فقال مالك والشافعي هو فسخ وقال أبو حنيفة هو طلاق بأن وحجة مالك تأييد التحريم به
فأشبه ذات الحرم . وأما أبو حنيفة فشبهها بالطلاق قياساً على فرقة العنين اذ كانت عنده
بحكم حاكم .

* (كتاب الأحاديث)

أجمع المسلمون على ان الاحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات في عدة الوفاة الا الحسن
وحده واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات وفيما سوى عدة الوفاة وفيما تمتنع الخادمة مما
لا تمتنع فقال مالك الاحداد على المسلمة والكتانية والصغيرة والكبيرة . وأما الاممية يموت
عنها سيد هاسواء كانت أم ولد أو لم تكن فلا احداد عليها عنده و به قال فقهاء الامصار
وخالف قول مالك المشهور في الكتانية ابن نافع وأشهب ورواه عن مالك و به قال الشافعي
أعني انه لا احداد على الكتانية وقال أبو حنيفة ليس على الصغيرة ولا على الكتانية احداد

وقال قوم ليس على الأمة المزوجة احدا وقد حكى ذلك عن أبي حنيفة فهذا هو اختلافهم المشهور فمين عليه احدا من أصناف الزوجات ممن ليس عليه احدا . وأما اختلافهم من قبل العددين ما لك قال لا احدا الا في عدة الوفاة وقال أبو حنيفة والثوري الاحدا في العدة من الطلاق البائن واجب . وأما الشافعي فاستحسنه للمطابقة ولم يوجبه . وأما الفصل الثالث وهو ما تمتنع الخادمة مما لا تمتنع عنه فانها تمتنع عند الفقهاء بالجنبلة من الزينة الداعية الرجال الى النساء وذلك كالخلى والكحل الا ما لم تكن فيه زينة ولباس الثياب المصبوغة الا السوداء فانها لم يكره مالك لها لبس السوداء ورخص كلهم في الكحل عند الضرورة فبعضهم اشترط فيه ما لم يكن فيه زينة وبعضهم لم يشترطه وبعضهم اشترط جعله بالليل دون النهار وبالجملة فأقول يل الفقهاء فيما تجنب الخادمة تقاربة وذلك ما يحرك الرجال بالجملة اليهن وانما صار الجمهور لا يجاب الاحداد في الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها حديث أم سامة زوج النبي عليه الصلاة والسلام: ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث أم سامة زوج النبي عليه الصلاة والسلام: ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينيما افتكتك حطما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لها لا ثم قال انما هي أربعة أشهر وعشر وقد كانت احدا كن ترمي بالبرة على رأس الحول وقال أبو محمد فعلى هذا الحديث يجب التعويل على القول بايجاب الاحداد . وأما حديث أم حبيبة حين دعت بالطيب فمسحت به عارضها ثم قالت والله مالي به من حاجة غير اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تتحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشر أفليس فيه حجة لانه استثناء من حظر فهو يقتضى الاباحة دون الايجاب وكذلك حديث زينب بنت جحش قال القاضي وفي الامر اذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلمين أعنى هل يقتضى الزوج أو الاباحة وبسبب الخلاف بين من أوجبه على المسامة دون الكافرة ان من رأى ان الاحداد عبادة لم يلزمه الكافرة ومن رأى انه معنى معقول وهو تشوف الرجال اليها وهي الى الرجال سوى بين الكافرة والمسامة ومن راعى تشوف الرجال دون تشوف النساء فرق بين الصغيرة والكبيرة اذا كانت الصغيرة لا يتشوف الرجال اليها ومن حجة من أوجبه على المسامات دون الكافرات قوله عليه الصلاة والسلام: لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تتحد الا على زوج قال وشرطه الايمان في الاحداد يقتضى انه عبادة . وأما من فرق بين الأمة والحره وكذلك الكتابية فلانه زعم ان

عدة الوفاة أوجبت شيئين باتفاق ، احداهما الاحداد ، والثاني ترك الخروج فلما سقط ترك الخروج عن الامة بتبذلهما والحاجة الى استخدامها سقط عنها منع الزينة . وأما اختلافهم في المسكنة فمن قبل تردد هابين الحرية والامة . وأما الامة بملك اليمين وأم الولد فأنما صار انتميو الى اسقاط الاحداد عنها لتولد عليه الصلاة والسلام : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحدد الا على زوج فعلم بدليل الخطاب ان من عدا ذات الزوج لا يجب عليها احداد ومن أوجبته على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة فتعلق بالظاهر المنطوق به ومن الحق المطلقات من فن طويق المعنى وذلك انه يظهر من معنى الاحداد ان المتصود به أن لا تتشوف اليها الرجال في العدة ولا تتشوف هي اليهم وذلك سد للذريعة لما كان حفظ الانساب والله أعلم . كل كتاب الطلاق والحمد لله على آلائه والشكر على نعمه ويتلوه كتاب البيوع ان شاء الله تعالى

—*—

(كتاب البيوع)

الكلام في البيوع يتحصر في خمس جمل في معرفة أنواعها وفي معرفة شروط الصحة في واحد واحدا منها وفي معرفة شروط الفساد وفي معرفة أحكام البيوع الصحيحة وفي معرفة أحكام البيوع الفاسدة فتحن ند ك أنواع البيوع المطلقة ثم ند ك شروط الفساد والصحة في واحد واحدا منها وأحكام بيوع الصحة وأحكام البيوع الفاسدة ولما كانت أسباب الفساد والصحة في البيوع منها عامة لجميع أنواع البيوع أولا كثرتها ومنها خاصة وكذلك الامر في أحكام الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعات ان ند ك المشترك من هذه الاصناف الاربعة أعني العام من أسباب الفساد وأسباب الصحة وأحكام الصحة وأحكام الفساد لجميع البيوع ثم ند ك الخاص من هذه الاربعة بواحد واحد من البيوع فينتسم هذا الكتاب باضطرار الى ستة أجزاء ، الجزء الاول تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة ، اثنان تعرف فيه أسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة أيضاً أعني في كلها أو أكثرها اذ كانت أعرف من أسباب الصحة ، الثالث تعرف فيه أسباب الصحة في البيوع المطلقة أيضاً ، الرابع ند ك فيه أحكام البيوع الصحيحة أعني الاحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة أولا كثرتها ، الخامس ند ك فيه أحكام البيوع الفاسدة المشتركة أعني اذا وقعت ، السادس ند ك فيه نوعان من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد وأحكامها .

﴿الجزء الاول﴾ ان كل معاملة وجدت بين اثنين فلو يخلو أن تكون عيناً بعين أو عيناً بشئ في الذمة أو ذمة بذمة وكل واحد من هذه الثلاث . إما نسيئة . وإما ناجز وكل واحد من هذه أيضاً . إما ناجز من الطرفين . وإما نسيئة من الطرفين . وإما ناجز من الطرف الواحد نسيئة من الطرف الآخر فتكون أنواع البيوع تسعة . فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز باجماع لا في العين ولا في الذمة لانه الدين بالدين المنهي عنه وأسما هذه البيوع منها ما يكون من قبل صفة العقد وحال العقد ومنها ما يكون من قبل صفة العين المبيعة وذلك انها اذا كانت عيناً بعين فلا يخلو ان تكون ثمناً بعمون أو ثمناً بعمون فان كانت ثمناً بعمون سمي صرفاً وان كانت ثمناً بعمون سمي بيعاً مطلقاً وكذلك مضموناً بعمون على الشروط التي تقال بعدوان كان عيناً بذمة سمي سلماً وان كان على الخيار سمي بيع خيار وان كان على المراجعة سمي بيع مراجعة وان كان على المزايدة سمي بيع مزايدة .

﴿الجزء الثاني﴾ واذا اعتبرت الاسباب التي من قبلها ورد النهي الشرعي في البيوع وهي اسباب الفساد العامة وجدت أربعة ، أحدها تحريم عين المبيع ، والثاني الربا ، والثالث الغرر ، والرابع الشروط التي تؤل الى أحد هذين أو لجموعهما وهذه الاربعة هي بالحقيقة أصول الفساد وذلك ان النهي انما يتعلق فيها بالبيع من جهة ما هو بيع لا امر من خارج . وأما التي ورد النهي فيها لاسباب من خارج فتنها الغش ومنها الضرر ومنها المكان الوقت المستحق بما هو أهم منه ومنها لانها محرمة البيع في هذا الجزء أبواب .

﴿الباب الاول في الاعيان المحرمة البيع﴾

وهذه على ضربين نجاسات وغير نجاسات . فأما بيع النجاسات فالاصل في تحريمها حديث جابر ثبت في الصحيحين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله ورسوله حرم ما بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فليل يارسول الله رأيت شعوم الميتة فانه يطل بها السفن ويستصبح بها فقال لعن الله اليهود حرمت الشعوم عليهم فباعوها وأكلوا أثمانها وقال في الخمر ان الذي حرم شرها حرم بيعها والنجاسات على ضربين ، ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهي الخمر وانما نجاسة الاخلاق افاشاداً في الخمر أعني في كونها نجسة والميتة بجميع اجزائها التي تقبل الحياة وكذلك الخنزير بجميع اجزائه التي تقبل الحياة واختلف في الانتفاع بشعره فاجازه ابن القاسم ومنعه أصبغ . وأما القسم الثاني وهي النجاسات التي تدعو

الضرورة الى استعمالها كالرجيع والزبل الذي يتخذ في البساتين فاختلف في بيعه في المذهب
فقتيل بمنعها مطلقاً وقيل بإجازته مطلقاً وقيل بالفرق بين العذرة والزبل أعني اباحة الزبل ومنع
العذرة واختلفوا فيما يتخذ من أنياب القيل لا اختلافهم هل هو نجس أم لا فن رأى انه ناب
جعله ميتة ومن رأى انه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن والخلق فيه في المذهب .

وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو مختلف في نجاسته فمنها الكلب والسنور . أما الكلب
فاختلفوا في بيعه فقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب أصلاً وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وفرق
أصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع المأذون في اتخاذه وبين ما لا يجوز اتخاذه فاتفقوا على أن
ما لا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وأما ما كرهه فأم من أراد له لاكل فاختلفوا فيه فن أجاز
أكله أجاز بيعه ومن لم يحزه على رواية ابن حبيب لم يحز بيعه واختلفوا أيضاً في المأذون في اتخاذه
فقتيل هو حرام وقيل مكروه . فأما الشافعي فعمدته شيان ، أحدهما ثبوت النهي الوارد عن ثمن
الكلب عن النبي صلى الله عليه وسلم ، والثاني أن الكلب عنده نجس العين كالخنزير وقد ذكرنا
دليله في ذلك في كتاب الطهارة . وأما من أجاز به فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الا كل لحاز بيعه
كلا شياء الطهارة العين وقد تقدم أيضاً في كتاب الطهارة استدلال من رأى انه طاهر العين وفي
كتاب الاطعمة استدلال من رأى انه حلال ومن فرق أيضاً فعمدته أنه غير مباح الا كل ولا
مباح الانتفاع به الا ما استثناه الحديث من كلب الماشية أو كلب الزرع وما في معناه ورويت
أحاديث غير مشهورة اقترن فيها بالنهي عن ثمن الكلب استثناء أئمان الكلاب المباحة الاتخاذ
 . وأما النهي عن ثمن السنور فثابت ولكن الجمهور على اباحته لانه طاهر العين مباح المنافع *
فسبب اختلافهم في الكلاب تعارض الأدلة . ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت
النجس وما ضارعه بعد اتفاقهم على تحريمه أكله فقال مالك لا يجوز بيع الزيت النجس وبه
قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز اذا بين وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وحجة من حرمه
حديث جابر المتقدم أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول ان الله ورسوله
حرما الخمر والميتة والخنزير وعمدة من أجازها اذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة
وحرم منه واحدة من تلك المنافع انه ليس يلزمه ان يحرم منه سائر المنافع ولا سيما اذا كانت
الحاجة الى المنفعة غير المحرمة كالحاجة الى المحرمة فاذا كان الاصل هذا يخرج منه الخمر والميتة
والخنزير وبقيت سائر محرمات الا كل على الاباحة أعني انه ان كان فيها منافع سوى الا كل

فبيعت لهذا جازور ورواعن على وابن عباس وابن عمر انهم أجازوا بيع الزيت النجس
ليستصبح به وفي مذهب مالك جواز الاستصباح به وعمل الصوابون مع تحريم بيعه وأجاز
ذلك الشافعي أيضا مع تحريم منه وهذا كله ضعيف وقد قيل ان في المذهب رواية أخرى تمنع
الاستصباح به وهو أئزم للاصل أعني لتحريم البيع واختلف أيضا في المذهب في غسله
وطبخه هل هو مؤثر في عين النجاسة ومن يل لها على قولين ، أحدهما جواز ذلك ، والآخر
منعه وهما مبنيان على أن الزيت اذا خالطته النجاسة هل نجاسته نجاسة عين أو نجاسة مجاورة
فمن رآه نجاسة مجاورة طهره عنده الغسل والطبخ ومن رآه نجاسة عين لم يطهره عنده الطبخ
والغسل ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في جواز بيع لبن الآدمية اذا حلب
فمالك والشافعي يجوزانه وأبو حنيفة لا يجوزونه وعمدة من أجاز بيعه انه لبن أبيض شربة فأيصح
بيعه قياسا على لبن سائر الانعام وأبو حنيفة يرى أن تحليله انما هو لمكان ضرورة الطفل اليه وأنه
في الاصل محرم اذ لحم ابن آدم محرم والاصل عندهم ان الالبان تابعة للحوم فتألف في قياسهم
هكذا الانسان حيوان لا يؤكل لحمه فلم يحز بيع لبنه أصله لبن الخنزير والآنان * فسبب
اختلافهم في هذا الباب تعارض أقبيسة الشبه وفروع هذا الباب كثيرة وانما ذكر من
المسائل في كل باب المشهور ليجرى ذلك مجرى الاصول .

(الباب الثاني في بيع الربا)

وافترق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين في البيع وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير
ذلك . فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذي نهى
عنه وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون فكانوا يقولون انظرني أزدك وهذا هو الذي
عناه عليه الصلاة والسلام : بقوله في حجة الوداع ألا وإن ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضعه
ربا العباس بن عبد المطلب ، والثاني وضع وتعجل وهو مختلف فيه وسند كره بعد . وأما الربا
في البيع فإن العلماء أجمعوا على أنه صنفان نسيئة وتفاضل الاماروى عن ابن عباس من
انكاره الربا في التفاضل لما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : لا ربا الا في النسيئة وانما صار
جهوا رافقها الى أن الربا في هذين النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم والكلام في
الربا ينحصر في أربعة فصول ، الفصل الاول في معرفة الاشياء التي لا يجوز فيها التفاضل
ولا يجوز فيها النساء وتبين غلظة ذلك ، الثاني في معرفة الاشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا

يجوز فيها النساء ، الثالث في معرفة ما يجوز فيه الامران جميعا ، الرابع في معرفة ما يعد صنفاً واحداً ، أما لا يعد صنفاً واحداً .

:(الفصل الاول):

فتقول أجمع العلماء على أن التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد منهما في الصنف الواحد من الاصناف التي نص عليها في حديث عبادة بن الصامت الا ما حكى عن ابن عباس وحديث عبادة هو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم : ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الاسواء بسواء عينا بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى فهذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الاعيان . وأما منع النسبة فيها فثبت من غير ما حديث أشهر ما حديث عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الذهب بالذهب والبر بالبر والاهاء وهاء والتمر بالتمر والبر بالبر والاهاء وهاء والشعير بالشعير والاهاء وهاء فتضمن حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد وتضمن أيضاً حديث عبادة منع النساء في الصنفين من هذه واباحة التفاضل وذلك في بعض الروايات الصحيحة وذلك أن فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يدأ بيد البر بالشعير كيف شئتم يدأ بيد وهذا كله متفق عليه من الفقهاء الا البر بالشعير واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها فقال قوم منهم أهل الظاهر انما يمنع التفاضل في صنف صنف من هذه الاصناف الستة فقط وأن ما عداها لا يتمتع في الصنف الواحد منها التفاضل وقال هؤلاء أيضاً أن النساء ممنوع في هذه الستة فقط اتفقت الاصناف أو اختلفت وهذا أمر متفق عليه أعني امتناع النساء فيها مع اختلاف الاصناف الا ما حكى عن ابن عليه انه قال اذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسبة ما عدى الذهب والفضة فهؤلاء جعلوا النهي المتعلق باعيان هذه الستة من باب الخاص أر يده الخاص وأما الجمهور من فقهاء الاصناف فاتهم اتفقوا على انه من باب الخاص أر يده العام واختلفوا في المعنى العام الذي وقع التنبيه عليه بهذه الاصناف أعني في مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها فالذي استقر عليه حدائق المالكية أن سبب منع التفاضل اما في الاربعة فالصنف الواحد من المدخر للمقتات وقد قيل الصنف الواحد المدخر وان لم يكن مقتا ومن شرط الادخار عندهم أن يكون في انحاء كثيرة وقال بعض أصحابه الباقي الصنف المدخر وان كان نادر الادخار . وأما العلة عندهم

في منع التفاضل في الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضاً مع كونهم رؤساً للائتمان وقيماً للممتلكات وهذه العلة هي التي تعرف عندهم بالقاصرة لأنها ليست موجودة عندهم في غير الذهب والفضة . وأما علة منع النساء عند المالكية في الاربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ولذلك اذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسبة ولذلك يجوز التفاضل عندهم في المطعومات التي ليست مدخرة أعني في الصنف الواحد منها ولا يجوز النساء . أما جواز التفاضل فلكونها ليست مدخرة وقد قيل ان الادخار شرط في تحريم التفاضل في الصنف الواحد . وأما منع النساء فيها فلكونها مطعومة مدخرة وقد قلنا ان الطعم باطلاق علة لمنع النساء في المطعومات . وأما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الاربعة هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد . وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك . وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الستة واحدة وهو الكيل أو الوزن مع اتفق الصنف وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ما عدا النحاس والذهب فان الاجماع اتفق على انه يجوز فيها النساء ووافق الشافعي ما يكفي علة منع التفاضل والنساء في الذهب والفضة أعني أن كونهم رؤساً للائتمان وقيماً للممتلكات هو عندهم علة منع النسبة اذا اختلف الصنف فاذا اتفقت منع التفاضل والحنفية تعتبر في المكيل قدرأتأتى فيه الكيل وسيأتى أحكام الدنانير والدراهم بما يخصها في كتاب الصرف . وأما هنا فالمقصود هو تبين مذاهب الفقهاء في علل الرابطة في هذه الاشياء وذلك كعمدة دليل كل فريق منهم * فنقول ان الذين قصروا صنفى الرابطة في هذه الاصناف الستة فهم أحد صنفين ، أما قوم نقوا التماس في الشرع أعني استنباط العلل من الالفاظ وهم الظاهرية ، وأما قوم نفوا قياس الشبه وذلك أن جميع من الحق المسكوت عنها بالمنطوق به فانما الحق بقياس الشبه لا بقياس العلة الا ما حكى عن ابن الماجشون انه اعتبر في ذلك المالية وقال علة منع الرابطة هي حياة الاموال يريد منع العين . وأما القاضي أبو بكر الباقلاني فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفاً وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر في هذا الموضوع قياس المعنى اذ لم يتأت له قياس علة فالحق الزيب فقط بهذه الاصناف الاربعة لا به زعم انه في معنى التمر ولكل واحد من هؤلاء أعني من القائلين دليل في استنباط الشبه الذي اعتبره في الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الاربعة أما الشافعية فانهم قالوا في تثبيت علمهم الشبهية ان الحكم اذا علق باسم مشتق دل على ان ذلك المعنى الذي اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) فلما علق الحكم بالاسم

المشتق وهو السارق علم ان الحكم متعلق بنفس السرقة قالوا واذا كان هذا هكذا وكان قد جاء من حديث سعيد بن عبد الله انه قال كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: الطعام بالطعام مثلاً بمثل من البين ان الطعام هو الذي علق به الحكم. وأما المالكية فانه ازادت على الطعم إما صفة واحدة وهو الادخار على مافي الموطأ وإما صفتين وهو الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون وتمسكت في استنباط هذه العلة بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لا كتمنى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الاربعة الاصناف المذكورة فلماذا كررها عدداً علم انه قصد بكل واحد منها التنبيه على مافي معناه وهي كلها مجتمعة الاقتيات والادخار أما البر والشعير فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ونبه بالتمر على جميع أنواع الحلوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لا صلاح الطعام وأيضاً فأنهم قالوا لما كان معقول المعنى في الربا انما هو أن لا يغبن بعض الناس بعضاً وان تحفظ أموالهم فواجب أن يكون ذلك في أصول المعاش وهي الاقوات وأما الخنفية فعمدتهم في اعتبار المسكيل والموزون انه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق القدر وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر في قوله صلى الله عليه وسلم لعامله بخير من حديث أبي سعيد وغيره الا كيلاً بكيلاً يدأيدراً أو أن التقدير أعنى السكيل أو الوزن هو المؤثر في الحكم كتأثير الصنف ورووا في بعض الاحاديث المتضمنة المسميات قوى على اعتبار السكيل أو الوزن منها انهم رووا في بعض الاحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها في حديث عبادة زيادة وهي كذلك ما يكال ووزن وفي بعضها وكذلك المكيال والميزان هذانص لوصحت الاحاديث ولكن اذا تأمل الامر من طريق المعنى ظهر والله أعلم ان علمت ان أولي العلل وذلك انه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا انما هو المساواة في الغبن الكثير الذي فيه وان العدل في المعاملات انما هو مقاربة التساوي ولذلك لما عسر ادراك التساوي في الاشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها أعنى تقديرها ولما كانت الاشياء المختلفة الذوات أعنى غير الموزونة والمكيالة العدل فيها انما هو في وجود النسبة أعنى أن تكون نسبة قيمة أحد الشئيين الى جنسه نسبة قيمة الشئ الآخر الى جنسه مثال ذلك أن العدل اذا باع انسان فرساً بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس الى الفرس هي نسبة قيمة ذلك الثوب الى الثياب فان كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون فليكن مثلاً الذي يساوي هذا القدر عددها هو عشرة

أنواب فذاً اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجب في المعاملة العادلة أعني أن يكون عدل فليس عشرة أنواب في المثل . وأما الأشياء المكيّلة والموزونة فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية بل كان عندهم منها صنف أن يستبدل بذلك الصنف بعينه إلا على جهة السرف كان العدل في هذه أماناً هو بوجود التساوي في الكيل أو الوزن إذ كانت لا تتفاوت في المنافع . وأيضاً فإن منع التفاضل في هذه الأشياء يوجب أن لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة والتعامل إنما يضطر إليه في المنافع المختلفة فادأمنع التفاضل في هذه الأشياء أعني المكيّلة والموزونة علتان . إحداهما وجود العدل فيها . والثاني منع المعاملة إذ كانت المعاملة بهما من باب السرف ، وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها أظهر إذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح وإنما المقصود بها تقدير الأشياء التي لها منافع ضرورية وروى مالك عن سعيد بن المسيب أنه كان يعتبر في علة الربا في هذه الأصناف الكيل والطعم وهو معنى جيد لكون الطعم ضرورياً في أقوات الناس فإنه يشبه أن يكون حفظ العين وحفظ السرف فيما هو قوت أهم منه فيما ليس هو قوتاً وقد روى عن بعض التابعين أنه اعتبر في الربا الاجناس التي تحب فيها الزكاة وعن بعضهم الانتفاع مطلقاً أعني المالية وهو مذهب ابن الماجشون .

﴿ الفصل الثاني ﴾

فيجب من هذا أن تكون علة امتناع السيئة في الربويات هي الطعم عند مالك والشافعي . وأما في غير الربويات مما ليس بمضوم فإن علة منع السيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل وليس عند الشافعي سيئة في غير الربويات . وأما أبو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل في الربويات وفي غير الربويات الصنف الواحد متفاضلاً كان أو غير متفاضل وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك أنه يمنع السيئة في هذه لأنه عنده من باب السلف الذي يحرم منفعة .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما ما يجوز فيه الامران جميعاً أعني التفاضل والنساء فلم يكن ربواً عند الشافعي . وأما عند مالك فلم يكن ربواً ولا كان صنفاً واحداً متماثلاً أو صنفاً واحداً باطلاً على مذهب أبي حنيفة ومالك يعتبر في الصنف المؤثر في التفاضل في الربويات وفي النساء في غير

الربويات اتفاق المنافع واختلافها فاذا اختلفت جعلها صنفين وان كان الاسم واحداً أو أبو حنيفة يعتبر الاسم وكذلك الشافعي وان كان الشافعي ليس الصنف عنده مؤثراً الا في الربويات فقط اعني انه يمنع التفاضل فيه وليس هو عنده علة للنساء أصلاً فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة في هذه النصوص الثلاثة فاما الاشياء التي لا يجوز فيها النسبة فاما قسمان منها ما لا يجوز فيها التفاضل وقد تقدم ذكرها ومنها ما يجوز فيها التفاضل فاما الاشياء التي لا يجوز فيها التفاضل فعلة امتناع النسبة فيها هو الطعم عند مالك وعند الشافعي الطعم فقط وعند أبي حنيفة مطعومات الكيل والوزن فاذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعي واذا اقترن وصف ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك واذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسبة . وأما الاشياء التي ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فاما صنفان اما واما غير مطعومة فالنساء عنده لا يجوز فيها وعله المنع الطعم . وأما غير المطعومة فانه لا يجوز فيها النساء عند ، فيما اتفقت منافعه مع التفاضل فلا يجوز عنده شاة واحدة بشتين الى أجل الا أن تكون احداً محلوبة والاخرى أكرولة هذا هو المشهور عنه وقد قيل انه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة الى أجل فاما اذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسبة عنده جائزان وان كان الصنف واحداً وقيل يعتبر اتفاق الاسماء مع اتفاق المنافع والاشهر أن لا يعتبر وقد قيل يعتبر . وأما أبو حنيفة فالمعتبر عنده في منع النساء ما عدا التي لا يجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع او اختلفت فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسبة وان اختلفت منافعهما وأما الشافعي فكل ما لا يجوز التفاضل عنده في الصنف الواحد يجوز فيه النساء فيجوز شاة بشاتين نسبة وقد أوكذلك شاة بشاة ودليل الشافعي حديث عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أمره أن يأخذ في قلائص الصدقة البعير بالبعيرين الى الصدقة قالوا فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النساء . وأما الحنيفة فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الحيوان بالحيوان قالوا وهذا يدل على تأثير الجنس على الافراد في النسبة . وأما مالك فعمدته في مراعاة منع النساء عند اتفاق الاغراض سد الذريعة وذلك انه لا فائدة في ذلك الا أن يكون من باب سلف يجربها وهو يحرم وقد قيل عنه انه اصل بنفسه وقد قيل عن الكوفيين انه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسبة اختلف الجنس واتفق على ظاهر حديث سمرة فكان الشافعي ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص والحنفية لحديث

سمرة مع التأويل له لان ظاهره يقتضى أن لا يجوز الحيوان بالحيوان نسبة اتفق الجنس أو
 اختلف وكان مالك الكذهب مذهب الجمع فحمل حديث سمرة على اتفاق الاغراض وحديث
 عمرو بن العاص على اختلافها وسامع سمرة من الحسن مختلف فيه ولكن صححه الترمذى
 ويشيد لما لك ما رواه الترمذى عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الحيوان اثنان
 يواحد لا يصلح لنساء ولا بأس به يدأيد وقال ابن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 اشترى عبدأبعدين أسودين واشترى جارية بسبعة أرؤس وعلى هذا الحديث يكون بيع
 الحيوان بالحيوان يشبه أن يكون أصلاً بنفسه لا من قبل سد ذريعة واختلوا فيها لا يجوز بيعه
 نساء هل من شرطه التبايض فى المجلس قبل الافتراق فى سائر الرويات بعد اتفاقهم فى اشتراط
 ذلك فى المصارفة لقوله عليه الصلاة والسلام: لا تبعوا متها غائباً بجزء من شرط فيها التبايض
 فى المجلس شبهها بالصرف ومن لم يشترط ذلك قال ان التبايض قبل التفرق ليس شرطاً فى
 البيوع الا ما قام الدليل عليه ولما قام الدليل على الصرف فقط بقيت سائر الرويات
 على الاصل .

(الفصل الرابع)

واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفاً واحداً وهو المؤثر فى التفاضل محالاً يعد صنفاً واحداً
 فى مسائل كثيرة لكن نذكر منها أشهرها وكذلك اختلفوا فى صفات الصنف الواحد
 المؤثر فى التفاضل هل من شرطه أن لا يختلف بالجودة والرداءة ولا باليبس والرطوبة فاما
 اختلافهم فيما يعد صنفاً واحداً محالاً يعد صنفاً واحداً ففى ذلك القمح والشعير صار قوم الى
 أنهم ما صنف واحد وصار آخرون الى أنهم ما صنفان فبالاول قال مالك والاوزاعى وحكامه
 مالك فى الموطن عن سعيد بن المسيب والثانى قال الشافعى وأبو حنيفة وعمدتهما السماع
 والقياس . أما السماع فتقوله صلى الله عليه وسلم: لا تبعوا البر بالبر والشعير بالشعير الا مثلاً
 بمثل فجعلهما صنفين وأيضاً فإن فى بعض طرق حديث عبادة بن الصامت وبيعوا الذهب
 بالفضة كيف شئتم والبر بالشعير كيف شئتم والملح بالتمر كيف شئتم يدأيد ذكره عبد الرزاق
 وو كيع عن الثورى وصحح هذه الزيادة الترمذى وأما القياس فلأنهما شيئان اختلفت أسماءهما
 ومنافعهما فوجب أن يكونا صنفين أصله الفضة والذهب وسائر الاشياء المختلفة فى الاسم
 والمنفعة وأما عمدة مالك فانه عمل سلفه بالمدينة وأما أصحابه فاعتمدوا فى ذلك أيضاً السماع

والتياس أما السماع فاروى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال الطعام مثلاً بمثل فقالوا اسم
 الطعام يتناول البر والشعير وهذا ضعيف فان هذا عام تفسره الاحاديث الصحيحة وأما من
 طريق التياس فانهم عدوا كثيراً من اتفاقهما في المنافع والمتفقة المنافع لا يجوز التفاضل فيها
 باتفاق والسلت عندما لك والشعير صنف واحد وأما القطانية فانها عنده صنف واحد في الزكاة
 وعنه في البيوع رويان احدهما انها صنف واحد والاخرى انها أصناف * وسبب
 الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها فن غلب الاتفاق قال صنف واحد ومن غلب
 الاختلاف قال صنفان أو أصناف والارز والدخن والجاورس عنده صنف واحد
مسئلة ٤ واختلوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم الذي لا يجوز فيه
 التفاضل فقال مالك اللحوم ثلاثة أصناف فالحم ذوات الاربع صنف ولحم ذوات الماء
 صنف وخم الطير كله صنف واحد أيضاً وهذه الثلاثة الاصناف مختلفة يجوز فيها التفاضل
 وقال أبو حنيفة كل واحد من هذه هو أنواع كثيرة والتفاضل فيه جائز الا في النوع
 الواحد بعينه وللشافعي قولان ، أحدهما مثل قول أبي حنيفة ، والاخر ان جميعها
 صنف واحد وأبو حنيفة يحجز لحم الغنم بالقرم متفاضلاً ومالك لا يحجزه والشافعي لا يحجز بيع
 لحم الطير بلحم الغنم متفاضلاً ومالك يحجزه وعمدة الشافعي قوله عليه الصلاة والسلام: الطعام
 بالطعام مثلاً بمثل ولاها اذا فارقتها الحياة زالت الصفات التي كانت بها تختلف ويتناولها اسم
 اللحم تناولاً واحداً وعمدة المالكية ان هذه أجناس مختلفة فوجب أن يكون لحمها مختلفاً
 والخفية تعتبر الاختلاف الذي في الجنس الواحد من هذه وتقول ان الاختلاف الذي بين
 الانواع التي في الحيوان أعني في الجنس الواحد منه كأنك قلت الطائر هو وزان الاختلاف
 الذي بين التمر والبر والشعير وبالجملة فنكل طائفة تدعي ان وزان الاختلاف الذي بين
 الاشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذي تراه في اللحم والخفية أقوى من جهة المعنى لان
 تحريم التفاضل انما هو عند اتفاق المنفعة .

مسئلة ٥ واختلوا من هذا الباب في بيع الحيوان بالميت على ثلاثة أقوال ، قول انه
 لا يجوز باطلاق وهو قول الشافعي والليث ، وقول انه يجوز في الاجناس المختلفة التي يجوز
 فيها التفاضل ولا يجوز ذلك في المتفقة أعني الربوية لمكان الجهل الذي فيها من طريق التفاضل
 وذلك في التي المقصود منها الاكل وهو قول مالك فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد لاكل وذلك
 عنده في الحيوان المأكول حتى انه لا يحجز الحى بالحي اذا كان المقصود الاكل من أحدهما فهي

عنده من هذا الباب أعني ان امتناع ذلك عنده من جهة الربا والمزابنة وقول ثالث انه يجوز مطلقا وبه قال أبو حنيفة * وسبب الخلاف معارضة الاصول في هذا الباب لم رسل سعيد بن المسيب وذلك ان مالكاً روى عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبى عن بيع الحيوان بالحم فمن تمتدح عنده معارضة هذا الحديث لاصول من اصول البيوع التي توجب التحريم قال به ومن رأى ان الاصول معارضة له وجب عليه أحد أمرين، إما ان يغلب الحديث فيجعله أصلاً زائداً بنفسه، أو يردده لمكان معارضة الاصول له قال الشافعي غلب الحديث وأبو حنيفة غلب الاصول ومالك رده الى أصوله في البيوع فجعل البيع فيه من باب الربا أعني بيع الشيء الربوي بأصله مثل بيع الزيت الزيتون وسمياتي الكلام على هذا الاصل فانه الذي يعرفه الفقهاء بالمزابنة وهي داخلية في الربا بحجة وفي الفرر بحجة وذلك انها ممنوعة في الربويات من جهة الربا والفرر وفي غير الربويات من جهة الفرر فقط الذي سببه الحبل بالخارج عن الاصل .

مستألف ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الدقيق بالحنطة مثلاً بمثل فلا شهر عن مالك جوازه وهو قول مالك في موطنه وروى عنه انه لا يجوز وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك وقال بعض أصحاب مالك ليس هو اختلافاً من قوله وانما رابة المنع اذا كان اعتبار المثلية بالكيل لان الطعام اذا صار دقيقاً اختلف كيلا ورواية الجواز اذا كان الاعتبار بالوزن . وأما أبو حنيفة فالمنع عنده في ذلك من قبل ان أحدهما مكيل والآخر موزون ومالك يعتبر الكيل أو الوزن فيما جرت العادة ان يكال أو يوزن والعدد فيما لا يكال ولا يوزن واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز فقال أبو حنيفة لا بأس ببيع ذلك متفاضلاً ومتائلاً لانه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا وقال الشافعي لا يجوز متائلاً فضلاً عن متفاضل لانه قد غيرته الصنعة تغير أجهلت به متاثيره التي تعتبر فيها المماثلة . وأما مالك فلا شهر في الخبز عند دانه يجوز متائلاً وقد قيل فيه انه يجوز فيه التفاضل والتساوي . وأما المعجيين بالمعجين فجاء عنده مع المماثلة * وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله وان لم تنقله فهل يمكن المماثلة فيه أولاً تمكن فقال أبو حنيفة تنقله وقال مالك والشافعي لا تنقله واختلفوا في امكان المماثلة فيهما فمما فكان مالك يحيز اعتبار المماثلة في الخبز والحم بالتقدير والخز رفضلاً عن الوزن . وأما اذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والاخر قد دخلته الصنعة فان مالكا يرى في كثير منها

ان الصنعة تنقله من الجنس أعنى من ان يكونا جنساً واحداً فيجزئ فيها التفاضل وفي بعضها ليس يرى ذلك وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الاتصال فالحم المشوى والمطبوخ عنده من جنس واحد والخطئة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان وقد رام أصحابه التفصيل في ذلك والظاهر من مذهبه انه ليس في ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها وقد رام حصرها الباجي في المنتقى وكذلك أيضاً بعسر حصر المنافع التي توجب عنده الاتفاق في شئ شئ من الاجناس التي يقع بها التعامل وتميزها من التي لا توجب ذلك أعنى في الحيوان والعروض والنبات * وسبب العسر ان الانسان اذا سئل عن أشياء متشابهة في أوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه في تمييزها الا ما يعطيه بادي النظر في الحال جاوب فيها بجوابات مختلفة فاذا جاء من بعده أحد فرام ان يجري تلك الاجوبة على قانون واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه وأنت تبين ذلك من كتبهم فمذهبي أمهات هذا الباب .

فصل وأما اختلافهم في بيع الربوي الرطب بجسه من اليابس مع وجود التماثل في القدر والتناجز فان السبب في ذلك ما روى مالك عن سعد بن أبي وقاص انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم : يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيتنص الرطب اذا جف فقلوا نعم فنهي عن ذلك فأخذه أ كثر العلماء وقال لا يجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعي وغيرهما وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وخالفه في ذلك صاحباه محمد بن الحسن وأبو يوسف وقال الطحاوي بقول أبي حنيفة * وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له واختلافهم في تصحيحه وذلك ان حديث عبادة اشترط في الجواز فقط المماثلة والمساواة وهذا يقتضي بظاهره حال الاعتدال لا حال المائل فن غلب ظواهر أحاديث الربويات رد هذا الحديث ومن جعل هذا الحديث أصلاً بنفسه قال هو أمر زائد ومفسر لأحاديث الربويات والحديث أيضاً يختلف الناس في تصحيحه ولم يخرج الشيخان قال الطحاوي خولف فيه عبد الله فر واديجي بن كثير عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وقال ان الذي يروي عنه هذا الحديث عن سعد بن أبي وقاص هو مجهول لكن جمهور الفقهاء صاروا الى العمل به وقال مالك في موطنه قياساً به على تعليل الحكم في هذا الحديث وكذلك كل رطب يبس من نوعه حرام يعني منع المماثلة كالعجين بال دقيق والحم اليابس بالرطب وهو أحد قسمي المزابة عند مالك المنهى عنها عنده والعريه عنده مستثناة من هذا الاصل وكذلك عند الشافعي والمزابة عند أبي حنيفة المنهى

عنها هو بيع التمر على الارض بالتمر في رؤوس النخيل لموضع الخيل بالمقدار الذي بينهما أعني بوجود التساوي وطراد الشافعي هذه العلة في الشيتين الرطبين فلم يحز بيع الرطب بالرطب ولا العجين بالعجين مع التماثل لانه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف وخالفه في ذلك جل من قال بهذا الحديث . وأما اختلافهم في بيع الجيد بالردى في الاصناف الربوية بذلك يتصور بأن يباع منها صنف واحد وسط في الجودة بصنفين ، أحدهما أجود من ذلك الصنف ، والاخر أردأ مثل ان يبيع مدين من تمر وسط عدين من تمر ، أحدهما أعلى من الوسط ، والاخر أدون منه فان مالكا يرد هذا لانه يتهمه أن يكون انما قصد ان يدفع مدين من الوسط في مدين من الطيب فجعل معه الردى ذريعة الى تحليل ما لا يجب من ذلك ووافق الشافعي في هذا ولكن التحريم عنده ليس هو فيما أحسب لهذه التهمة لانه لا يعمل التهم ولكن يشبه أن يعتبر التفاضل في الصفة وذلك انه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الردى عن الوسط والا فليس هناك مساواة في الصفة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض أودنانير أو دراهم اذا كان الصنف الذي يحمله معه العرض أقل من ذلك الصنف المفرد أو يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان في القدر ، فالاول مثل ان يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر درهم ، والثاني مثل ان يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكيال من التمر ودرهم فقال مالك والشافعي والليث ان ذلك لا يجوز وقال أبو حنيفة والكوفيون ان ذلك جائز * فبسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوي ينبغي أن يكون مساويا له في القيمة أو يكفي في ذلك رضا البائع فمن قال الاعتبار بمساواته في القيمة قال لا يجوز لما كان الجهل بذلك لانه اذا لم يكن العرض مساويا لفضل أحد الربويين على الثاني كان التفاضل ضرورة مثال ذلك انه ان باع كيلين من تمر بكيل وثوب فقد يجب ان تكون قيمة الثوب تساوي الكيل والواقع التفاضل ضرورة . وأما أبو حنيفة فيمكن في ذلك بان يرضى به المتبايعان ومالك يعتبر أيضا في هذا سد الذريعة لانه انما جعل جاعل ذلك ذريعة الى بيع الصنف الواحد متفاضلا فهذه مشهورات مسائلهم في هذا الجنس .

﴿ باب في بيع الذرائع الربوية ﴾

وهنا شيء يعرض للمتبايعين اذا أقل أحدهما الآخر بزيادة أو نقصان وللمتبايعين اذا اشترى أحدهما من صاحبه الشيء الذي باعه بزيادة أو نقصان وهو أن يتصور بينهما من غير

فصمد الى ذلك تباع ربوى مثل ان يبيع انسان من انسان سلعة بعشرة دنانير نقد ثم يشتريها منه بعشرين الى أجل فاذا أضيفت البيعة الثانية الى الاولى استقر الامر على أن أحدهما دفع عشرة دنانير في عشرين الى أجل وهذا هو الذي يعرف ببيع الاجل فتدكر من ذلك مسألة في الاقالة ومسئلة من بيع الاجل اذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع وإنما المتصود فيه تحصيل الاصول .

﴿مسئلة﴾ لم يختلفوا أن من باع شيئاً ما كان كاتك قامت عبداً بمائة دينار مثلاً الى أجل ثم ندم البائع فسأل المبتاع ان يصرف اليه مبيعاً ويدفع اليه عشرة دنانير مثلاً هداً أو الى أجل ان ذلك يجوز وأنه لا بأس بذلك وأن الاقالة عندهم اذا دخلتها الزيادة والتقصان هي بيع مستأف ولا حرج في أن يبيع الانسان الشيء ثم يشتريه بأكثر منه لانه في هذه المسئلة اشترى منه البائع الاول العبد الذي باعه بالمائة التي وجبت له بالعشرة مثاقيل التي زادها نقداً أو الى أجل وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار الى أجل والعشرة مثاقيل نقداً أو الى أجل . واما ان ندم المشتري في هذه المسئلة وسأل الاقالة على ان يعطى البائع العشرة المثاقيل نقداً أو الى أجل أبعد من الاجل الذي وجبت فيه المائة فمما اختلفوا افتتال مالك لا يجوز وقال الشافعي يجوز ووجه ما كرهه من ذلك مالك ان ذلك ذريعة الى قصد بيع الذهب بالذهب الى أجل والى بيع ذهب وعرض بذهب لان المشتري دفع العشرة مثاقيل والعبد في المائة دينار التي عليه وأيضاً يدخله بيع وسلف كان المشتري باعه العبد تسعين وأسلعه عشرة الى الاجل الذي يجب عليه فيقبضها من نفسه لنفسه . وأما الشافعي فهذا كله عنده جائز لا يشترط مستأنف ولا فرق عنده بين هذه المسئلة وبين ان تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة فيشتري منه غلاماً بالتسعين ديناراً التي عليه ويتعجل له عشرة دنانير وذلك جائز باجماع قال وحمل الناس على التهم لا يجوز . وأما ان كان البيع الاول نقداً فلا خلاف في جواز ذلك لانه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسيئة إلا ان مالكا كره ذلك لمن هو من أهل العينة أعنى الذي يداين الناس لانه عنده ذريعة لسلف في أكثر منه يتوصلان اليه بما أظهر من البيع من غير ان تكون له حقيقة . وأما البيوع التي يعرفونها ببيع الاجل فهي ان يبيع الرجل سلعة بثمن الى أجل ثم يشتريها بثمن آخر الى أجل آخر أو نقداً أو هناسع مسائل اذا لم تكن هناك زيادة عرض اختلف منها في مستلتين واتفق في الباقي وذلك انه من باع شيئاً الى أجل ثم اشتراه . فاما ان يشتريه الى ذلك الاجل بعينه أو قبله أو بعده وفي كل واحد من هذه الثلاثة . إما أن

يشتره بمثل الثمن الذي باعه به منه . وإما بقل . وإما بأكثر مختلف من ذلك في اثنين وهو ان
 يشترها قبل الاجل نقداً بأقل من الثمن أو الى أبعد من ذلك الاجل بأكثر من ذلك الثمن فعند
 مالك وجمهور أهل المدينة ان ذلك لا يجوز وقال الشافعي وداود وأبو ثور ويجوز فوجه
 منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الاول فاتهمه ان يكون انما قصد دفع دينه في أكثر منها الى أجل
 وهو الربا المنهي عنه فزور لذلك هذه الصورة ليتصلها الى الحرام مثل ان يقول قائل
 لا آخر أسلفني عشرة دنانير الى شهر واردا لك عشرين دينارا فيقول هذا لا يجوز ولكن
 ابيع منك هذا الخمار بعشرين الى شهر ثم اشتره منك بعشرة نقداً . وأما في الوجوه الباقية
 فليس بينهم فيها لانه ان أعطى أكثر من الثمن في أقل من ذلك الاجل لم يتم وكذلك ان اشتراها
 بأقل من ذلك الثمن الى أبعد من ذلك الاجل ومن الحجة لمن رأى هذا الرأي حديث أبي العالية
 عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم يأم المؤمنين اني بعت
 من زيد عبداً الى العطاء بثمانمائة فاحتاج الى ثمنه فاشتريته منه فبذل الاجل بثمانمائة
 فقالت عائشة بثمان شريت وبثمان اشتريت أبلغني زيداً انه قد أبطل جهاده مع
 رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب قالت أرأيت ان تركت وأخذت الستمائة دينار
 قالت نعم (فن جاءه موعدة من ربه فانتهى فله ما سلف) وقال الشافعي وأصحابه لا يثبت حديث
 عائشة وأيضاً فان زيداً قد خالها واذا اختلفت الصحابة فذهبنا القياس وروى مثل قول
 الشافعي عن ابن عمر . وأما اذا حدث بالمبيع نقص عند المشتري الاول فان الثوري
 وجماعة من الكوفيين أجازوا للبائع بالنظر ان يشتره نقداً بأقل من ذلك الثمن وعن مالك
 في ذلك روايتان والصورتان التي يعتبرها مالك في الذرائع في هذه البيوع هي ان يتذرع منها الى
 أنظرني أزدك أو الى بيع ما لا يجوز متفاضلاً أو بيع ما لا يجوز نساءً أو الى بيع وسلف أو الى
 ذهب وعرض بذهب أو الى ضع وتعجل أو بيع الطعام قبل ان يستوفي أو بيع وصرف فان
 هذه هي أصول الربا ومن هذا الباب اختلافهم فيما يباع طعاماً بطعام قبل ان يقبضه فمنعه
 مالك وأبو حنيفة وجماعة وأجازوه الشافعي والثوري والاوزاعي وجماعة وحجة من كرهه انه
 شبيه ببيع الطعام بالطعام نساءً ومن أجازهم لم ير ذلك فيه اعتباراً بترك القصص الى ذلك ومن
 ذلك اختلافهم فيما اشترى طعاماً بثمن الى أجل معلوم فلما حل الاجل لم يكن عند البائع
 طعام يدفعه اليه فاشترى من المشتري طعاماً بثمن يدفعه اليه مكان طعامه الذي وجب له فجاز
 ذلك الشافعي وقال لا فرق بين ان يشتري الطعام من غير المشتري الذي وجب له عليه أو من

المشتري نفسه ومنع من ذلك مالك ورأى من الذر بعة الى بيع الطعام قبل ان يستوفي لانه ردا ليه
 الطعام الذي كان ترتب في ذمته فيكون قد باعه منه قبل ان يستوفيه وصورة الذر بعة في ذلك
 ان يشتري رجل من آخر طعاما الى أجل معلوم فاذا حل الاجل قال الذي عليه الطعام ليس
 عندي طعام ولكن اشتري منك الطعام الذي وجب لك على فقال هذا لا يصح لانه يبيع
 الطعام قبل ان يستوفي فتقول له فبيع طعاما مني وارده عليك فيعرض من ذلك ما ذكرناه أعني
 ان يرد عليه ذلك الطعام الذي أخذ منه ويبقى الثمن المدفوع انما هو ثمن الطعام الذي هو في
 ذمته . وأما الشافعي فلا يعتبر انهم كما قلنا وانما يراعى ما يحل ويحرم من البيوع ما اشترطا
 وذكرا بالسننهما وظهر من فعلهما لاجماع العلماء على أنه اذا قال أبيعك هذه الدراهم بدرهم
 مثلها وأنظرك بها حولا أو شهرا أنه لا يجوز ولو قال له أسلفني دراهم وأمهاني بها حولا أو شهرا
 جاز فليس بينهما الا اختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القرض وقصده ولما كانت
 أصول الربا كما قلنا خمسة انظرني أزدك والتفاضل والنساء وضع وتعجل وبيع الطعام قبل
 قبضه فانه يظن انه من هذا الباب اذا فعل ذلك يدفع دنانير ويأخذ أكثر منها من غير تكلف
 فعل ولا ضمان يتعلق بزمته فينبغي ان نذكرها هنا هذين الاصلين أما وضع وتعجل وأجازة ابن
 عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الامصار ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك
 وأبو حنيفة والثوري وجماعة من فقهاء الامصار واختلف قول الشافعي في ذلك فأجاز مالك
 وجهه ومن ينكر وضع وتعجل ان يتعجل الرجل في دينه المؤجل عرضا يأخذه وان كانت
 قيمته أقل من دينه وعمدة من لم يحز وضع وتعجل انه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتمعة على تحريمها
 ووجه شبهه بها انه جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلا منه في الموضعين جميعا وذلك انه هنالك
 لما زاد له في الزمان زاد له عرضه ثمنا وهنالك حط عنه الزمان حط عنه في مقابلته ثمنا وعمدة من
 أجازة ماروني عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر باخراج بني النضير جاءه
 ناس منهم فقالوا يا نبي الله انك أمرت باخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل فقال رسول الله صلى
 الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا فبسبب الخلاف معارضة قياس الشبهة لهذا الحديث . وأما بيع
 الطعام قبل قبضه فان العلماء مجمعون على منع ذلك الا ما يحكي عن عثمان البتي وانما أجمع العلماء
 على ذلك لثبوت النبي عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك عن نافع عن
 عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه
 واختلف من هذه المسئلة في ثلاثة مواضع ، أحدها فيما يشترط فيه القبض من المبيعات ،

والثاني في الاستنادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط ، والثالث في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلا وجزا فافقيه ثلاثة فصول .

﴿ الفصل الاول ﴾

وأما بيع ماسوي الطعام قبل القبض فلا خلاف في مذهبه مالك في إجازته . وأما الطعام الربوي فلا خلاف في مذهبه أن القبض شرط في بيعه . وأما غير الربوي من الطعام فعنده في ذلك رأيان ، إحداهم المنع وهي الأشهر وبها قال أحمد وأبو نورا لأنهم اشتراط مع الطعم الكيل والوزن والرأية الأخرى الجواز . وأما أبو حنيفة فالقبض عنده شرط في كل مبيع ماعدا المبيعات التي لا تنتقل ولا تحول وهي الدور والعقار . وأما الشافعي فإن القبض عنده شرط في كل مبيع وبه قال الثوري وهو مروى عن جابر بن عبد الله وابن عباس وقال أبو عبيد واسحاق كل شيء لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه فاشترط هؤلاء القبض في المكيل والموزون وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز بن أبي سامة وريعة وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المحدود في اشتراط القبض سبعة أقرال ، الأول الطعام الربوي فقط ، والثاني في الطعام باطلاق ، الثالث في الطعام المكيل والموزون ، الرابع في كل شيء ينتقل ، الخامس في كل شيء . السادس في المكيل والموزون ، السابع في المكيل والموزون والمعدود * أما عمدة مالك في منعه ماعدا المنصوص عليه فليل الخطاب في الحديث المتقدم وأما عمدة الشافعي في تعميم ذلك في كل بيع فعموم قوله عليه الصلاة والسلام : لا يخل بيع وسلف ولا ربح مالم يضمن ولا يبيع ما ليس عندك وهذا من باب بيع ما لم يضمن وهذا مبني على مذهبه من أن القبض شرط في دخول المبيع في ضمان المشتري واحتج أيضا بحديث حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله إنني اشتري يوء فمأجل لي منها وما يخرج فقال يا ابن أخي إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه قال أبو عمر وحديث حكيم بن حزام وادحجي بن أبي كثير عن يوسف بن ماحك أن عبد الله بن عصمة حدثه أن حكيم بن حزام قال ويوسف بن ماحك وعبد الله بن عصمة لا أعرف لهما جرحاً إلا أنه لم يرو عنه ، إلا رجلاً واحداً فقط وذلك في الحقيقة ليس بجرح وانكره جماعة من المحدثين ومن طريق المعنى أن بيع ما لم يقبض يتطرق منه إلى الربا وإنما استثنى أبو حنيفة التحول وينقل عنده ما لا ينتقل لأن ما ينتقل القبض عنده فيه هي التخلية . وأما من اعتبر الكيل والوزن فلا تقاهاهم أن المكيل والموزون لا يخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشتري إلا بالكيل أو بالوزن وقد نهى عن بيع ما لم يضمن .

﴿ الفصل الثاني ﴾

وأما ما يعتبر ذلك فيه مما لا يعتبر فإن العقود تنقسم أولاً إلى قسمين، قسم يكون بمعاوضة، وقسم يكون بغير معاوضة كالهدايا والصدقات والذي يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام، أحدها يختص بقصد المغالبة والمكايسة وهي البيوع والأجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدي وغيره، والقسم الثاني لا يختص بقصد المغالبة وإنما يكون على جهة الرفق وهو القرض، والقسم الثالث فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعاً أعني على قصد المغالبة وعلى قصد الرفق كالشركة والأقالة والتولية وتحصيل أقوال العلماء في هذه الأقسام . أما ما كان بيعاً وبعوض فلا خلاف في اشتراط القبض فيه وذلك في الشيء الذي يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء . وأما ما كان حالصاً للرفق أعني القرض فلا خلاف أيضاً أن القبض ليس شرطاً في بيعه أعني أنه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه واستثنى أبو حنيفة مما يكون بعوض المهر والخلع فقال يجوز بيعهما قبل القبض . وأما العمود الذي تتردد بين قصد الرفق والمغالبة وهي التولية والشركة والأقالة فإذا وقعت على وجه الرفق من غير أن تكون الأقالة أو التولية بزيادة أو نقصان فلا خلاف أعلمه في المذهب أن ذلك جائز قبل القبض وبعده وقال أبو حنيفة والشافعي لا تجوز الشركة ولا التولية قبل القبض وتجوز الأقالة عندهما لأنها قبل القبض فسخ يبيع لا يبيع فعمدة من اشتراط القبض في جميع المعامضات إنما في معنى البيع المنهي عنه وإنما استثنى مالك من ذلك التولية والأقالة والشركة للأنس والمعنى . أما الأثر فإرسال مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شركة أو تولية أو أقالة . وأما من طريق المعنى فإن هذه إنما يراد بها الرفق لا المغالبة إذا لم تدخلها زيادة أو نقصان وإنما استثنى من ذلك أبو حنيفة الصداق والخلع والجعل لأن العوض في ذلك ليس بيناً إذ لم يكن عيناً .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما اشتراط القبض فيما يبيع من الطعام جزافاً فإن مالكاً رخص فيه وأجازه وبه قال الأوزاعي ولم يحز ذلك أبو حنيفة والشافعي وحجتهم ما عموماً الحديث المتضمن لانهي عن بيع الطعام قبل قبضه لأن الذريعة موجودة في الجزاف وغير الجزاف ومن أنجته لهما ما روى عن ابن عمر أنه قال كنا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام جزافاً فبعث النبي

يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل أن نبيعه قال ابن عمرو ان كان مالك لم يرو عن نافع في هذا الحديث ذكر الجزاف فقد روت جماعته وجوده عبيد الله بن عمر وغيره ووجوده مقدم في حفظ حديث نافع وعمدة المالكية ان الجزاف ليس فيه حق توفية فهو عندهم من ضمان المشتري بنفس العقد وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة وقد يدخل في هذا الباب اجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئاً لا يملكه وهو المسمى عينة عند من يرى نقله من باب الذريعة الى الربا أو ما من رأى منعه من جهة انه قد لا يمكنه نقله فهو داخل في بيع الغرر وصورة التذرع منه الى الربا المنهى عنه أن يقول رجل لرجل أعطني عشرة دنانير على أن أدفع لك الى مدة كذا ضعفها فيقول له هذا لا يصلح ولكن أبيع منك سلعة كذا السلعة يسميها ليست عنده بهذا العدد ثم يعمدهو فيشتري تلك السلعة فيقبضها له بعد ان كل البيع بينهم وتلك السلعة قيمتها قريبا مما كان سأل أن يعطيه من الدراهم قرصاً فيرد عليه ضعفها وفي المذهب في هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ولا خلاف في هذه الصورة التي ذكرناها غير جائرة في المذهب أعني اذا تقرر على الثمن الذي يأخذه السلعة قبل شرائها . وأما الدين بالدين فاجمع المسلمون على منعه واختلافوا في مسائل هل هي منه أم ليست منه مثل ما كان ابن القاسم لا يجيز أن يأخذ الرجل من غيره في دين له عليه ثم أقدمه اصلاحه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ويراه من باب الدين بالدين وكان أشهب يجيز ذلك ويقول ليس هذا من باب الدين بالدين وإنما الدين بالدين ما لم يشرع في أخذه شيء منه وهو التماس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة ومما أجازهم مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ما قاله في المدونة من ان الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن الى العطاء فيأخذ المبتاع كل يوم وزنا معلوما قال ولم ير الناس بذلك بأساً وكذلك كل ما يبتاع في الاسواق وروى ابن القاسم ان ذلك لا يجوز الا في ما خشى عليه الفساد من الثمن . كهذا أخذ جميعه وأما القمح وشبهه فلا فهذه هي أصول هذا الباب وهذا الباب كله انما حرم في الشرع لمكان الغبن الذي يكون طوعاً وعن علم .

(الباب الثالث)

وهي البيوع المنهى عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه إيمان من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه أو تعيين العقد أو من جهة الجهل

بوصف انهن والمثمن المبيع أو بقدره أو بإجلاؤه كان هنالك أجل وإما من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه وهذا راجع الى تعذر التسليم وإما من جهة الجهل بسلامته أعني بقاءه وههنا بيع يجمع أكثر هذه أو بعضها ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيع منطوق بها وبيع مسكوت عنه والمنطوق به أكثره متفق عليه وإنما يختلف في شرح أسماؤها والمسكوت عنه مختلف فيه ونحن نذكر أولاً المنطوق به في الشرع وما يتعلق به من الفقه ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار ليكون كالقانون في نفس الفقه أعني في رد العروغ الى الاصول . فاما المنطوق به في الشرع . فانه نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلية . ومنها نهى عن بيع ما لم يخلق وعن بيع الثمار حتى ترهى وعن بيع الملازمة والمناذرة وعن بيع الحصاة . ومنها نهى عن المعاومة وعن بيعتين في بيعة وعن بيع وشروط وعن بيع وسلف وعن بيع السنبلة حتى يبيض والعنب حتى يسود ونهى عن المضامين والملاقيح . أما بيع الملازمة فكانت صورته في الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره أو يبتاعه لئلا ولا يعلم ما فيه وهذا يجمع على تحريمه * وسبب تحريمه الجهل بالصفة . وأما بيع المناذرة فكان أن يند كل واحد من المتبايعين الى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعاً الى الاتفاق . وأما بيع الحصاة فكانت صورته عندهم ان يقول المشتري أى ثوب وقعت عليه الحصاة التي أرمى بها فقولى وقيل أيضاً أنهم كانوا يقولون اذا وقعت الحصاة من يدي فقد وجب البيع وهذا قمار . وأما بيع حبل الحبلية ففقيهه تأويلان . أحدهما انها كانت يبيعونها لجلونهم الى أن ينتج الذقة ما في بطونها ينتج ما في ظنها والغرر من جهة الاجل في هذا بين وقيل انما هو بيع جنين جنين الناقة وهذا من باب النهي عن بيع المضامين والملاقيح والمضامين هي ما في بطون الحوامل والملاقيح ما في ظهور الفحول فهذه كلها بيع جاهلية متفق على تحريمها وهي محرمة من تلك الالوجه التي ذكرناها وأما بيع الثمار فانه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى ترهى ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر نحن منها عيونها وذلك أن بيع الثمار لا يخلو أن تكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق ثم اذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله ثم اذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن تكون قبل أن ترهى أو بعد أن ترهى وكل واحد من هذين لا يخلو أن يكون بيعاً مطلقاً أو بشرط التبقية أو بشرط القطع أما التسم الاول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك لأنه من باب النهي

عن بيع ما لم يخلق ومن باب بيع السنين والمعاومة وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة وهي بيع الشجر أعواماً إلا ما روى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير انهما كانا يحيزان بيع الثمار بينين . وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف في جوازه . وأما بيعها بعد ان خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذي نذكره الا ما روى عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وعن عكرمة انه لا يجوز إلا بعد الصرام فاذا قلنا بقول الجمهور انه يجوز قبل الصرام فلا يخلو أن تكون بعد أن ترهى أو قبل أن ترهى وقد قلنا ان ذلك لا يخلو أن يكون بيعاً مطلقاً أو بيعاً بشرط القطع أو بشرط التبقية فاما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف في جوازه الا ما روى عن الثوري وابن أبي ليلى من منع ذلك وهي رواية ضعيفة . وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف في انه لا يجوز إلا ما ذكره اللخمي من جوازه تحريجاً على المذهب . وأما بيعها قبل الزهو مطلقاً فاختلف في ذلك فقهاء الامصار فجمهورهم على انه لا يجوز مالك والشافعي وأحمد واسحاق والليث والثوري وغيرهم وقال أبو حنيفة يجوز ذلك الا انه يلزم المشتري عنده فيه القطع لا من جهة ما هو بيع ما لم يزه بل من جهة أن ذلك شرط . عنده في بيع الثمر على ماسياتي بعد ما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقاً قبل الزهو فالحديث الثابت عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشتري فعمل ان ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية وان هذا النهي يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ولما ظهر للجمهور أن المعنى في هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة عايناً قبل أن ترهى لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو : أرايت ان منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه لم يحمل العلماء النهي في هذا على الإطلاق أعني النهي عن البيع قبل الزهاء بل رأيت أن معنى النهي هو بيعه بشرط التبقية الى الزهاء فأجازوا بيعها قبل الزهاء بشرط القطع واختلفوا اذا ورد البيع مطلقاً في هذه الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز أو على التبقية الممنوعة فن حمل الإطلاق على التبقية أوراى أن النهي يتناوله بعمومه قال لا يجوز من حمله على القطع قال يجوز والمشهور عن مالك ان الإطلاق محمول على التبقية وقد قيل عنه انه محمول على القطع . وأما الكوفيون فحيجتهم في بيع الثمار مطلقاً قبل أن ترهى حديث ابن عمر انما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع قالوا فلمما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفرداً وحملوا الحديث الوارد بالنهي عن بيع الثمار قبل أن ترهى على

الندب واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها فإذا جد الناس وحضر تفاضهم قال المبتاع أصاب الثمر الزمان أصابه من أصابه قشام ومراض لعاهات يذكرونها فلما كثرت خصومتهم عند النبي قال كالشورة يشير بها عليهم لا يبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحها ورأى ما قالوا أن المعنى الذي دل عليه الحديث في قوله حتى يبدو صلاحه هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : رأيت أن منع الله الثمرة فم يأخذ أحدكم مال أخيه وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يرى رأى أبي حنيفة في أن من ضرورة بيع الثمار القطع أن يجوز بيع الثمر قبل بدو صلاحه على شرط التيقية فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الزهاء على الخصوص أعني إذا بيع الثمر مع الأصل وأما شراء الثمر مطلقاً بعد الزهواً فلا خلاف فيه والاطلاق فيه عند جمهور فقهاء الامصار يقتضى التيقية بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : رأيت أن منع الله الثمرة الحديث ووجه الدليل منه أن الجوائح إنما تطرأ في الاكثر على الثمار قبل بدو صلاحها وأما بعد بدو صلاحها فلا تظهر الا قليلاً ولولم يجب في المبيع بشرط التيقية لم يكن هنالك جائحة تتوقع وكان هذا الشرط باطلاً . وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التيقية والاطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع وهو خلاف مفهوم الحديث وحجتهم أن نفس بيع الشيء يقتضى تسليمه والا لحقه الغرر ولذلك لم يجوز أن تباع الاغيان الى أجل والجمهور على أن بيع الثمار مستثنى من بيع الاغيان الى أجل لكون الثمر ليس يمكن أن يبيس كله دفعة فالكوفيون خالفوا الجمهور في بيع الثمار في موضعين . أحدهما في جواز بيعها قبل أن ترهى ، والثاني في منع تيقيتها بالشرط بعد الزهاء أو بمطلق العقد وخلافهم في الموضع الأول أقوى من خلافهم في الموضع الثاني أعني في شرط القطع وانما كان خلافهم في الموضع الأول اقرب لانه من باب الجمع بين حديثي ابن عمر المتقدمين ولان ذلك ايضاً مروى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير وأما بدو صلاح الذي جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم بعده فهو ان يصفر فيه البسر ويسود فيه العنب ان كان مما يسود وبالجملة ان تظهر في الثمرة صفة الطيب هذا هو قول جماعة فقهاء الامصار لما رواه مالك عن حميد عن انس انه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله حتى ترهى فقال : حتى يحمر وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع العنب حتى يسود والحب حتى يشد وكان زيد بن ثابت في رواية مالك عنه لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا وذلك لاثنتي عشرة ليلة خلت من ايار وهو ما يوهو قول

ابن عمر أيضاً سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العادات فقال عبد الله بن عمر ذلك وقت طلوع الثريا وروى عن ابى هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا طلع النجم صباحاً رفعت العادات عن اهل البلد وروى ابن القاسم عن مالك انه لا بأس ان يباع الحائط وان لم يزه اذا أزهى ما حوله من الحيطان اذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة يريد والله اعلم طلوع الثريا لا ان المشهور عنه انه لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهو وقد قيل انه لا يعتبر مع الازهاء طلوع الثريا فالحاصل في بدو الصلاح للعلماء ثلاثة أقوال، قول انه الازهاء وهو المشهور، وقول انه طلوع الثريا وان لم يكن في الحائط في حين البيع ازهاء، وقول الامر ان جميعاً وعلى المشهور من اعتبار الازهاء يقول مالك اذا كان في الحائط الواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبيع كل صنف منها الا بظهور الطيب فيه وخالفه في ذلك الليث . وأما الانواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض وبدو الصلاح المعتبر عن مالك في الصنف الواحد من الثمر هو وجود الازهاء في بعضه لا في كله اذا لم يكن ذلك الازهاء مبكراً في بعضه تبكيراً يتراخى عنه البعض بل اذا كان متتابعاً لأن الوقت الذي تنجو الثمرة فيه في الغالب من العادات هو اذ ابد الطيب في الثمرة ابتداءً متأسباً غير منقطع وعندما مالك انه اذا ابد الطيب في نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له اذا كان نخل البساتين من جنس واحد . وقال الشافعي لا يجوز الا يبيع نخل البستان الذي يظهر فيه الطيب فنقط ومالك اعتبر الوقت الذي تؤمن فيه العاهة اذا كان الوقت واحداً للنوع الواحد والشافعي اعتبر نقصان خلقة الثمر وذلك انه اذا لم يطب كان من يبيع ما لم يخلق وذلك ان صفة الطيب فيه وهي مشتركة لم يخلق بعد لكن هذا كما قال لا يشترط في كل ثمرة بل في بعض ثمرة جنة واحدة وهذا لم يقل به أحد فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار ومن المسموع الذي اختلفوا فيه من هذا الباب ما جاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهي عن بيع السنبل حتى يليض والعنب حتى يسود وذلك أن العلماء اتفقوا على أنه لا يجوز بيع الحنطة في سنبليها دون السنبل لانه يبيع ما لم تعلم صفته ولا كثرته واختلفوا في بيع السنبل نفسه مع الحب فجوز ذلك جمهور العلماء مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة وقال الشافعي لا يجوز بيع السنبل نفسه وان اشتد لانه من باب الثمر وقياساً على بيعه مخلوطاً بنبته بعد الدرس وحجة الجمهور شيان الاثر والقياس أما الاثر فمارى عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى ترهى وعن السنبل حتى تبيض وتأمين العاهة نهى البائع والمشتري وهي زيادة على ما رواه

مالك من هذا الحديث والزيادة اذا كانت من التهمة مقبولة وروى عن الشافعي انه لما وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله وذلك انه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث . وأما بيع السنبل اذا أفرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك الا على القطع . وأما بيع السنبل غير محصود فقيس على مالك يجوز وقيل لا يجوز الا اذا كان في حزمه . وأما بيعه في بئنه بعد الدرس فلا يجوز بلا خلاف فيها أحسب هذا اذا كان جزافا فاما ان كان مكيا فلا تجاز عند مالك ولا عرف فيه قولا لغيره واختلف الذين أجازوا بيع السنبل اذا طاب على من يكون حصاده ودرسه فقال الكوفيون على البائع حتى يعمل له حبالا للمشتري وقال غيرهم هو على المشتري . ومن هذا الباب ما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وأبي هريرة قال أبو عمر وكلهما من نقل العدول فاتفق الفقهاء على القول بموجب هذا الحديث عموما واختلفوا في التنصيل أعنى في الصورة التي ينطق عليها هذا الاسم من التي لا ينطلق عايمها واتفقوا أيضا على بعضها وذلك يتصور على وجوه ثلاثة ، أحدها ما في مثمونين بئنين أو مثمون واحد بئنين أو مثمونين بئنين واحد على أن أحد البيعين قد لزم . أما في مثمونين بئنين فان ذلك يتصور على وجهين . أحدهما أن يقول له أبيعك هذه السلعة بئنين كذا على أن تبني هذه الدار بئنين كذا ، والثاني أن يقول له أبيعك هذه الغلام بدينار أو هذه الاخرى بدينارين . وأما بيع مثمون واحد بئنين فان ذلك يتصور أيضا على وجهين ، أحدهما ان يكون أحد البئنين نقداً والاخر نسيئة مثل ان يقول له أبيعك هذا الثوب نقداً بمشرة او الى اجل بمشرين ، والوجه الثاني ان يقول له أبيعك هذا الثوب نقداً بئنين كذا على ان اشتريه منك الى اجل كذا بئنين كذا . وأما مثمونان بئنين واحد فمثل ان يقول له أبيعك أحد هذين بئنين كذا فأما الوجه الاول وهو ان يقول له أبيعك هذه الدار بكذا على ان تبني هذا الغلام بكذا فنص الشافعي على انه لا يجوز لان البئنين في كليهما يكون مجهولاً لانه لو أفرد المبيعين لم يتفقوا في كل واحد منهما على البئنين الذي اتفقا عليه في المبيعين في عقد واحد وأصل الشافعي في رد بيعتين في بيعة انما هو جهل البئنين أو المثمون . وأما الوجه الثاني وهو ان يقول له أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الاخرى بدينارين على أن البيع قد لزم في أحدهما فلا يجوز عند الجميع وسواء كان النقد واحداً او مختلفا وخالف عبد العزيز بن أبي سلمة في ذلك فاجازه اذا كان النقد واحداً او مختلفا وعلته منعه عند الجميع الجهل وعند مالك من باب سد الذرائع لانه ممكن أن يختار في نفسه أحد الثوبين فيكون قد باع ثوبا وديناراً بثوب

ودينار وذلك لا يجوز على أصله لك . وأما الوجه الثالث وهو أن يقول له أبيعك هذا الثوب
 نقداً بكذا أو نسيئة بكذا فهذا إذا كان البيع فيه واجباً فلا خلاف في أنه لا يجوز وأما إذا
 يكن البيع لازماً في أحدهما فاجازة مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي لانهما افتراق على ثمن غير
 معلوم وجميع ما لك من باب الخيار لانه إذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم بوجوب
 تحويل أحد الثمنين في الآخر وهذا عندما لك هو المانع فمالة امتناع هذا الوجهة الثالثة عند
 الشافعي وأبي حنيفة من جهة جعل الثمن فهو عند همام يبيع الثمر التي تسمى عنها وعلة امتناعه
 عند مالك سد الذريعة الموجبة للربا لا مكان أن يكون الذي له الخيار قد اختار أو لا اختار العبد
 بأحد الثمنين المؤجل أو المعجل ثم بدله ولم يظهر ذلك فيكون قد ترك أحد الثمنين للثمن الثاني
 فكأنه باع أحد الثمنين بالثاني فيدخله ثمن بثلث نسيئة أو نسيئة ومتناخضاً وهذا كله إذا كان
 الثمن نقداً وإن كان الثمن غير نقد بل طعاماً دخله وجه آخر وهو بيع الطعام بالطعام متناخضاً
 وأما إذا قال أشتري منك هذا الثوب نقداً بكذا على أن تبعه متى إلى أجل فهو عند
 لا يجوز بإجماع لانه من باب العينة وهو بيع الرجل ما ليس عنده ويدخله أيضاً علة جعل الثمن
 وأما إذا قال له أبيعك أحد هذين الثوبين دينار وقد لزمه أحدهما أيهما اختار وافتراق قبل
 الخيار فإن كان الثوبان من صنفين وهما محجوزان بسل أحدهما في الثاني فإنه لا خلاف بين
 مالك والشافعي في أنه لا يجوز وقال عبدالعزيز بن أبي سلمة أنه يجوز وعلة المنع الجمل والغرر .
 وأما أن كانا من صنف واحد فيجوز عندما لك ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي . وأما مالك
 فإنه أجاز لانه يحجز الخيار بعد عقد المبيع في الإصناف المستوية لقلة الغرر عنده في ذلك وأما
 من لا يحجزه فيعتبره بالغرر الذي لا يجوز لانهما افتراق على بيع غير معلوم بالجملة فالقضاء متفقون
 على أن الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز وأن التليل يجوز ويختلفون في أشياء من أنواع
 الغرر فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير وبعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح لتردها بين التليل
 والكثير فإذا قلنا بالجواز على مذهب مالك فتبض الثوب من المشتري على أن يختار فمالك
 أحدهما أو أصابه عيب ممن يصيبه ذلك فتبطل تكون المصيبة بينهما أو قيل بل يصحته كنه
 المشتري إلا أن تقوم البينة على هلا كة وقيل فرق في ذلك بين الثياب وما يغلب عليه وبين
 ما لا يغلب عليه كالعبد يضمن فيما يغلب عليه ولا يضمن فيما لا يغلب عليه . وأما هل يلزمه أخذ
 الباقي قيل يلزم وقيل لا يلزم وهذا يذكر في أحكام البيع وينبغي أن نعلم أن المسائل الداخلة
 في هذا المعنى هي أما عند فقهاء المصارف باب الغرر . وأما عندما لك فمهما يكون عنده

من باب ذرائع الربا ومنها ما يكون من باب الغرر فهذه هي المسائل التي تتعلق بالمنطوق به في هذا الباب . وأما منه عن بيع الثياب وعن بيع وشروط فهو وإن كان سببه الغرر فلا شبهة أن تذكرها في المبيعات الفاسدة من قبل الشروط .

﴿ فصل ﴾

وأما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الامصار فكثيرة لكن نذكر منها أشهرها لتكون كالتأويل للمجتهد الناظر .

﴿ مسألة ﴾ المبيعات على نوعين مبيع حاضر مرئ فهذا لا خلاف في بيعه ومبيع غائب أو متعذر الرؤية فهناختلف العلماء فقال قوم يبيع الغائب لا يجوز بحال من الاحوال لا وصف ولا لم يوصف وهذا أشهر قول الشافعي وهو المنصور عند أصحابه أعني ان يبيع الغائب على الصفة لا يجوز وقال مالك وأكثر أهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة اذا كانت غيبته مما يؤمن أن تغير فيه قبل القبض صفته وقال أبو حنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ثم له اذا رآها الخيار فان شاء اتقذ البيع وان شاء رده وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وان جاء على الصفة وعند مالك انه اذا جاء على الصفة فهو لازم وعند الشافعي لا ينعقد البيع أصلا في الموضعين وقد قيل في المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية وقع ذلك في المدونة وأنكره عبد الوهاب وقال هو مخالف لأصولنا * وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء فيكون من الغرر الكثير أم ليس بمؤثر وانه من الغرر اليسير المعفو عنه فالشافعي رآه من الغرر الكثير ومالك رآه من الغرر اليسير وأما أبو حنيفة فانه رأى انه اذا كان له خيار الرؤية انه لا غرر هناك وان لم تكن له رؤية . وأما مالك فرأى ان الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع ولا خلاف عند مالك ان الصفة انما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ولم يحجز عنده بيع السلاح في جرابه ولا الثوب المطوى في طيه حتى ينشر أو ينظر الى ما في جرابها واحتج أبو حنيفة بما روى عن ابن المسيب أنه قال قال أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وددنا أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جدا في التجارة فاشترى عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرساً

بارض له أخرى باربعين ألفاً وأربعمائة ألف فذكر تمام الخبر وفيه بيع الغائب مطلقاً ولا بد عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غير آخر وهو هل هو موجود وقت العقد أو معدوم ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة إلا أن يكون مأموناً كالعتار ومن ههنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة أعني إذا كان من القرب بحيث يؤمن أن تتغير فيه فاعلمه .

مسألة ١٠ وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الاعيان الى أجل وان من شرطها تسليم المبيع الى المبتاع بآثر عند الصفقة إلا ان مالكاوربيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية الرقيقة على شرط المواضعة ولم يحجزوا فيها النقد كالم يحجزه مالك في بيع الغائب وانما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم ويشبه أن يكون يبيع الدين بالدين من هذا الباب أعني لما يتعلق بالغرم من عدم التسليم من الطرفين لا من باب الربا وقد تكلمنا في علة الدين بالدين ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم أنه لا يجوز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه ثمراً قد بدا صلاحه ويراها من باب الدين بالدين وكان أشهب يحجز ذلك ويقول إنما الدين بالدين ما لم يشرع في قبض شيء منه أعني أنه كان يرى أن قبض الاوائل من الاثمان يقوم مقام قبض الاواخر وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة .

مسألة ١١ أجمع فقهاء الامصار على بيع الثمر الذي يثمر بطناً واحداً يطيب بعضه وان لم تطب جملة معاً واختلوا فيما يثمر بطوناً مختلفة وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن البطون المختلفة لا تخلو أن تتصل أولاً وتتصل فان لم تتصل لم يكن يبيع ما لم يخلق منها داخلها فخلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ثم ان اتصلت فلا يخلو أن تتميز البطون أولاً تتميز فثال المتميز جز القصيل الذي يحزم مدة بعد مدة ومثال غير المتميز المباطخ والمقاني والبالذنجان والقرع ففي الذي يتميز عنه وينفصل روايتان، احدهما الجواز، والاخرى المنع وفي الذي يتصل ولا يتميز قول واحد وهو الجواز وخالفه الكوفيون وأحمد واسحاق والشافعي في هذا كله فقالوا لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره فيجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه أصله جواز يبيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب لان الغرم في الصفة شبهه بالغرم في عين الشيء . وكأنه رأى أن الرخصة ههنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار أعني ما طاب مع ما لم يطب لموضع الضرورة والاصل عنده أن من الغرم ما يجوز لموضع الضرورة ولذلك منع على احدي

الروايتين عنده يبيع التصميل بطناً أكثر من واحد لانه لا ضرورة هناك اذا كان مقبلاً . وأما الجواز في التصميل فتشبهها له بما لا يقبض وهو وضعيف . وأما الجمهور فان هذا كله عندهم من بيع ما لم يخلق ومن باب النهي عن بيع الثمار معاملة واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك يبيعه اذا بدأ صلاحه وهو استحقاقه لئلا كل ولم يحجزه الشافعي الا مقبلاً لانه من باب بيع المغيب . ومن هذا الباب يبيع الجوز واللوز والبقلا في قشره أجازة مالك ومنعه الشافعي * والسبب في اختلافهم هل هو من الفرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر وذلك انهم اتفقوا أن الفرر ينقسم بهذين القسمين وان غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو اليه الضرورة أو ما جمع الامرين ومن هذا الباب يبيع السمك في الغدير أو البركة اختلفوا فيه أيضاً فقال أبو حنيفة يحجز ومنعه مالك والشافعي فيما أحسب وهو الذي تقتضي أصوله ومن ذلك يبيع الاتيق أجازة قوم باطلاق ومنعه قوم باطلاق ومنهم الشافعي وقال مالك اذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز وأظنه اشترط أن يكون معلوم الباقي ويتواضعان الثمن أعنى أنه لا يقبضه البائع حتى يقبضه المشتري لانه يتردد عند العقدين بيع وسلف وهذا أصل من أصوله يمنع به التقدي في بيع المواضعة وفي بيع الغائب غير المأمون وفيما كان من هذا الجنس ومن قال بجواز بيع الاتيق والبعر الشارد عثمان البتي والحجة للشافعي حديث شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء العبد الاتيق وعن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن شراء ما في ضرعها وعن شراء الغنائم حتى تقسم وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياماً معدودة اذا كان ما يوجب منها معروف في العادة ولم يحجز ذلك في الشاة الواحدة وقال سائر الفقهاء لا يحجز ذلك الا بكيل معلوم بعد الحلب ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم في جلده ومن هذا الباب يبيع المريض أجازة مالك الا أن يكون ميتاً أو مأمناً ومنعه الشافعي وأبو حنيفة وهي رواية أخرى عنه ومن هذا الباب يبيع تراب المعدن والصوآغين فأجاز مالك يبيع تراب المعدن بنقد بخالقه أو بعرض ولم يحجز يبيع تراب الصاغة ومنع الشافعي البيع في الامرين جميعاً وأجازة قوم في الامرين جميعاً وبه قال الحسن البصري فهذه هي البيوع التي يختلف فيها أكثر ذلك من قبل الجهل بالكيفية وأما اعتبار الكمية فانهم اتفقوا على أنه لا يحجز أن يباع شيء من المكيل أو الموزون أو المعدود أو المسحوق الا أن يكون معلوم القدر عند البائع والمشتري واتفقوا على ان العلم الذي يكون بهذه الاشياء من قبل الكيل المعلوم أو الصنوج المعلومة مؤثر في حجة البيع في كل ما كان معلوم الكيل والوزن عند البائع

والمشتري من جميع الاشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والمسوحة وأن العلم بمقادير هذه الاشياء التي تكون من قبل الخزر والتخمين وهو الذي يسمونه الجراف يجوز في أشياء ويمنع في أشياء وأصل مذهب مالك في ذلك انه يجوز في كل ما المقصود منه الكثرة لا أحاده وهو عنده على أصناف منها ما أصله الكيل ويجوز جزافا وهي المكيلات والموزونات ومنها ما أصله الجراف ويكون مكيلا وهي المسوحات كالارضين والثياب ومنها ما لا يجوز فيها التقدير أصلا بالكيل والوزن بل انما يجوز فيها العدد فقط ولا يجوز بيعها جزافا وهي كما قلنا التي المقصود منها آحاد اعيانها وعندما لك ان التبر والفضة الغير مسكوكين يجوز بيعهما جزافا ولا يجوز ذلك في الدراهم والدنانير وقال أبو حنيفة والشافعي يجوز ويكره ويجوز عندما لك ان تباع الصرة المجهولة على الكيل اى كل كيل منها بكذا ما كان فيها من الاكيل وقع من تلك القيمة بعد كيلها والعلم بمبلغها وقال أبو حنيفة لا يلزم الا في كيل واحد وهو الذي سمياء ويجوز هذا البيع عندما لك في العبيد والثياب وفي الطعام ومنعه أبو حنيفة في الثياب والعبيد ومنع ذلك غيره في الكل فيما أحسب للجهل بمبلغ الثمن ويجوز عندما لك أن يصدق المشتري البائع في كيلها اذا لم يكن البيع نسبية لانه يتهمه أن يكون صدقه لينظره بالثمن وعند غيره لا يجوز ذلك حتى يكتبها المشتري له صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان وأجازه قوم على الاطلاق ومن منعه أبو حنيفة والشافعي واحمد ومن اجازه باطلاق عطاء من أبي رباح وان أبي مليكة ولا يجوز عندما لك ان يعلم البائع الكيل وبيع المكيل جزافا ممن يجمل الكيل ولا يجوز عند الشافعي وابي حنيفة والمزانية المنبئ عنها في عندما لك من هذا الباب وهي بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية وذلك أما في الربويات فلموضع التفاضل وأما في غير الربويات فلمعتمد تحقق التدرج.

* (الباب الرابع في بيع الشروط والثنيا) *

وهذه البيوع الفاسد الذي يكون فيها هو راجع الى الفساد الذي يكون من قبل الغرر ولكن لما تضمنتها النص وجب ان تجعل قسما من أقسام البيوع الفاسدة على حدة والاصل في اختلاف الناس في هذا الباب ثلاثة أحاديث ، أحدها حديث جابر قال ابتاع مني رسول الله صلى الله عليه وسلم بعيراً وشرط ظهره الى المدينة وهذا الحديث في الصحيح ، والحديث الثاني حديث بريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كل شرط ليس في كتاب الله فهو

باطل ولو كان مائة شرط والحديث متفق على صحته ، والثالث حديث جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا ورخص في العرايا وهو أيضاً في الصحيح خرجه مسلم ومن هذا الباب ما روى عن أبي حنيفة أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع وشرط فاختلف العلماء لتعارض هذه الأحاديث في بيع وشرط فقال قوم البيع فاسد والشرط فاسد ومن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة وقال قوم البيع جائز والشرط جائز ومن قال بهذا القول ابن أبي ليلى وقال أحمد البيع جائز مع شرط واحد وأما مع شرطين فلا فن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط ولعموم نهيه عن الثنيا ومن أجازهما جميعاً أخذ بحديث جابر الذي ذكر فيه البيع والشرط ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ومن لم يحز الشرطين وأجاز الواحد احتج بحديث عمر وبن العاص خرجه أبو داود وقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحل سلف وبيع ولا يجوز شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس هو عندك . وأما مالك فالشرط عنده تنقسم ثلاثة أقسام ، شروط تبطل هي والبيع معاً ، وشروط تجوز هي والبيع معاً ، وشروط تبطل وينبت البيع وقد يظن أن عنده قسمان إباحا وهو أن الشرط ما أن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع وإن تركه جاز البيع وإعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسرين وقد رام ذلك كثير من الفقهاء وإن هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشرط من صنف الفساد الذي يحل بصحة البيوع وهما الربا والغرر وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك أي ما يفيد نقصاً في الملك فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيراً من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط وما كان قليلاً أجاز وأجاز الشرط فيها وما كان متوسطاً أبطل الشرط وأجاز البيع ويرى أصحابان مذهبه هو أولى المذاهب إذ مذهبه تجتمع الأحاديث كلها والجمع عندهم أحسن من الترجيح وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة وأحد من له ذلك جدي والمازري والباجي وتفصيله في ذلك أن قال إن الشرط في المبيع يقع على ضربين أولين ، أحدهما أن يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الامة أو العبد ويشترط أنه متى عتق كان له ولا يؤد دون المشتري فمثل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة ، والتسم الثاني أن يشترط عليه شرطاً يقع في مدة الملك وهذا قالوا ينتسم إلى ثلاثة أقسام . إما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه . وإما أن يشترط على المشتري منعاً من تصرف عام أو خاص .

و إما ان يشترط ايتاع معنى في المبيع وهذا أيضا ينقسم الى قسمين ، أحدهما ان يكون معنى من معاني البر ، والثاني ان يكون معنى ليس فيه من البر شيء . فأما اذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بجمع التصرف في أصل المبيع مثل ان يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة فذلك جائز على حديث جابر . وأما ان يشترط منعاً من تصرف خاص أو عام فذلك لا يجوز لانه من التنيام مثل ان يبيع الامة على ان لا يظأها أولاً يبيعها . وأما ان يشترط معنى من معاني البر مثل العتق فان كان اشترط تعجيله جازعنده وان تأخر لم يحجز لعظم الغرر فيه . وبتول مالك في إجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعي على ان من قوله منع بيع وشرط وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ لان في بعض رواياته انه باعه واشترط ظهره الى المدينة وفي بعضها انه أعاره ظهره الى المدينة ومالك رأى هذا من باب الغرر واليسير فأجاز في المدة القليلة ولم يحجز في الكثيرة . وأما أبو حنيفة فعلى أصله في منع ذلك . وأما ان اشترط معنى في المبيع ليس به مثل أن لا يبيعها فذلك لا يجوز عند مالك وقيل عنه البيع مفسوخ وقيل بل يبطل الشرط فقط . وأما من قال له البائع متى جئتكم بالثمن رددت على المبيع فانه لا يجوز عند مالك لانه يكون متردداً بين البيع والسلف ان جاء بالثمن كان سلفاً وان لم يجيء كان بيعاً واختلف في المذهب هل يجوز ذلك في الاقالة أم لا فن رأى ان الاقالة بيع فسخها عنده ما يفسخ سائر البيوع ومن رأى انها فسخ فرق بينها وبين البيوع واختلف أيضاً فيمن باع شيئاً بشرط أن لا يبيعه حتى ينتصف من الثمن فقيل عن مالك يجوز ذلك لان حكمه حكم الرهن ولا فرق في ذلك بين ان يكون الرهن هو المبيع أو غير دوقيل عن ابن القاسم لا يجوز ذلك لانه شرط يمنع المبتاع التصرف في المبيع المدة البعيدة التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب ان يمنع صحة البيع ولذلك قال ابن المواز انه جائز في الامد القصير ومن المسموع في هذا الباب نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على انه من البيوع الفاسدة واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض فنعه أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء وأجازوه مالك وأصحابه الاحمد ابن عبد الحكم وقدروى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور ان النهي يتضمن فساد النهي عنه مع ان الثمن يكون في المبيع مجهولاً لا قتران السلف به وقدروى ان محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحق المالكي فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاماً بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال أنا أدع الزق قال وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فأجاب اسماعيل عن هذا الجواب لا تقوم به حجة وهو ان قال

له الفرق بينهما ان مشترط السلف هو مخير في تركه أو عدم تركه وليس كذلك مسألة زق الخمر
وهذا الجواب هو نفس الشيء الذي طوب فيه بالفرق وذلك انه يقال له لم كان هنا مخيراً ولم يكن
هناك مخيراً في ان يترك الرق ويصح البيع والا شبه ان يقال ان التحريم ههنا لم يكن لشيء محرم
بعينه وهو السلف لان السلف مباح وانما وقع التحريم من أجل الاقتران أعني اقتران البيع
به وكذلك البيع في نفسه جائز وانما امتنع من قبل اقتران الشرط به وهنالك انما امتنع البيع
من أجل اقتران شيء محرم لعينه به لانه شيء محرم من قبل الشرط ونكتة المسئلة هل اذا لحق
الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد اذا ارتفع الشرط أم لا يرتفع كما لا يرتفع الفساد
اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به وهذا أيضاً ينبغي على أصل آخر هو هل
هذا الفساد حكى أو معقول فان قلنا حكى لم يرتفع بارْتِفاء الشرط وان قلنا معقول ارتفع بارتِفاء
الشرط فالك رآه معقولا والجمهور رأوه غير معقول والفساد الذي يوجد في بيع الربا والغرر
هو أكثر ذلك حكى ولذلك ليس ينعقد عندهم أصلاً وان ترك الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر
واختلفوا في حكمه اذا وقع على ماسيأى في أحكام البيوع الفاسدة ومن هذا الباب بيع
لعربان فجمهور علماء الامصار على انه غير جائز وحكى عن قوم من التابعين انهم أجازوه منهم
بجاهد وابن سيرين ونافع بن الحرث وزيد بن أسلم وصورته ان يشتري الرجل شيئاً فيدفع
الى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئاً على انه ان نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة
وان لم ينفذ ترك المشتري ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به وانما صار الجمهور الى
منعه لانه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض وكان زيد يقول أجازه رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقال أهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
وفي الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها أعني هل تدخل تحت
النهي عن الثنيا أم ليس تدخل فمن ذلك ان يبيع الرجل حاملاً ويستثنى ما في بطنها فجمهور
فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري على انه لا يجوز وقال أحمد وأبو ثور
وداود ذلك جائز وهو مروى عن ابن عمر * وسبب الخلاف هل المستثنى مبيع مع ما استثنى
منه أم ليس بمبيع وانما هو باق على ملك البائع فمن قال مبيع قال لا يجوز وهو من الثنيا المنهى
عنها لما فهم من الجهل بصفته وقلة الثقة بسلامة خر وجهه ومن قال هو باق على ملك البائع أجاز
ذلك وتحصيل مذهب مالك فيمن باع حيواناً واستثنى بعضه ان ذلك البعض لا يخلو ان
يكون شائماً أو معيناً أو مقدراً فان كان شائماً فلا خلاف في جوازه مثل ان يبيع عبد الأربعة،

وأما ان كان معينا فلا يخلو ان يكون مغيبا مثل الجنين أو يكون غير مغيب فان كان مغيبا فلا يجوز وان كان غير مغيب كالرأس واليد والرجل فلا يخلو الحيوان ان يكون مما يستباح ذبحه أولا يكون فان كان مما لا يستباح ذبحه فانه لا يجوز لانه لا يجوز ان يبيع أحد غلاما ويستثنى رجله لان حقه غير مقيم ولا متبعص وذلك مما لا خلاف فيه وان كان الحيوان مما يستباح ذبحه فان باعه واستثنى منه عضواً لقيمة بشرط الذبح في المذهب فيه قولان ، أحدهما انه لا يجوز وهو المشهور ، والثاني يجوز وهو قول ابن حبيب يجوز بيع الشاة مع استثناء القوائم والرأس . وأما اذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف في جوازه في المذهب ووجه قول مالك انه ان كان استثناءه بجده فاتحت الجلد مغيب وان كان لم يستثنه بجده فانه لا يدرى بأي صفة يخرج له بعد كشط الجلد عنه ووجه قول ابن حبيب انه استثنى عضواً معيناً معلوماً فبضره ما عليه من الجلد أصله شراء الحلب في سنبله والجوز في قشره . وأما ان كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح . إما عرفاً . وإما ملفوظاً به جزاً مقدراً مثل أرتال من جز ورفن مالك في ذلك روايتان ، إحداهما المنع وهي رواية ابن وهب ، والثانية الاجازة في الارتال اليسيرة فقط وهي رواية ابن القاسم وأجمعوا من هذا الباب على جواز بيع الرجل ثم حائطه واستثناء نخلات معينات منه قياساً على جواز شرائها وانفقوا على انه لا يوزان يستثنى من حائط له عدة نخلات غير معينات الابتعيين المشتري لها بعد البيع لانه يبيع ما لم يرد المتبايعان واختلقوا في الرجل يبيع الحائط ويستثنى منه عدة نخلات بعد البيع فمنه الجمهور لمكان اختلاف صفة النخيل وروى عن مالك إجازته ومنع ابن القاسم قوله في النخلات وأجاز في استثناء الغنم وكذلك اختلف قول مالك وابن القاسم في شراء نخلات معدودة من حائطه على ان يعينها بعد الشراء المشتري فأجاز مالك ومنعه ابن القاسم وكذلك اختلفوا اذا استثنى البائع مكيلاً من حائط قال أبو عمر بن عبد البر فنع ذلك فتهاه الامصار الذين ندور الفتوى عليهم وألقت الكتب على مذاهم لنهيهم صلى الله عليه وسلم عن الثنيافي البيع لانه استثناء مكيل من جزاف . وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فانهم أجازوا ذلك فبادون الثلث ومنعوه فيما فوقه وحملوا النهي عن الثنياء على ما فوق الثلث وشبهوا بيع ما عدا المستثنى ببيع الصبرة التي لا يعلم مبلغ كيلها فباع جزافاً ويستثنى منها كيل ما وهذا الاصل أيضاً مختلف فيه أعني اذا استثنى منها كيل معلوم واختلف العلماء من هذا الباب في بيع واجارة معاً في عقد واحد فأجاز مالك وأصحابه ولم يحزه الكوفيون ولا الشافعي لان الثمن

برون انه يكون حينئذ مجهولاً ومالك يقول اذا كانت الاجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولاً
وربما رآه الذين منعه من باب بيعتين في بيعة وأجمعوا على أنه لا يجوز السلف والبيع كما قلنا
واختلف قول مالك في اجازة السلف والشركة فرة اجاز ذلك ومرة منعه وهذه كلها اختلف
العلماء فيها لا خلافاً بالآقل والاكثر في وجود علل المنع فيها المنصوص عليها فمن قويت
عنده عدلة المنع في مسألة منها منعها ومن لم تقو عنده اجازها وذلك راجع الى ذوق المجتهد لان
هذه المواد يتجاذب القول فيها الى الضدين على السواء عند النظر فيها ولعل في امثال هذه
المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صواباً ولهذا ذهب بعض العلماء في امثال هذه المسائل
الى التخيير .

﴿ الباب الخامس ﴾

﴿ في البيوع المنهى عنها من أجل الضرر أو الغبن ﴾

والمسموع من هذا الباب ما ثبت من نهي صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه
وعن أن يسوم أحد على سوم أخيه ونهي عن تلقى الركبان ونهي عن أن يبيع حاضر لباد ونهي
عن النجش وقد اختلف العلماء في تفصيل معاني هذه الآثار اختلفا فاليس بمبتاع فقل مالك
معنى قوله عليه الصلاة والسلام: لا يبيع بعضكم على بيع بعض ومعنى نهي عن أن يسوم أحد
على سوم أخيه واحد وهي في الحالة التي اذا ركن البائع فيها الى السأم ولم يبق بينهما الا شيء
يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط العيوب أو البراءة منها وبمثل تفسير مالك فسر أبو حنيفة
هذا الحديث وقال الثوري معنى لا يبيع بعضكم على بيع بعض أن لا يطرأ رجل آخر على
المتبايعين فيقول عندى خير من هذه السلعة ولم يحد وقت ركون ولا غيره وقال الشافعي معنى
ذلك اذا تم البيع باللسان ولم يشرقا فأتى احد يعرض عليه سلعة له هي خير منها وهذا منه بناء على
مذهبه في أن البيع انما يلزم بالافتراق فهو ومالك متفقان على أن النهي انما يتناول حالة قرب
لزوم البيع ومختلفان في هذه الحالة ما هي لا يختص فيها بما يكون اللزوم في البيع على ما سنده
بعد وقتها الا مصار على أن هذا البيع يكره وان وقع مضى لانه سوم على بيع لم يتم وقال داود
وأصحابه ان وقع ففسخ في أى حالة وقع تمسكاً بالعموم وروى عن مالك وعن بعض أصحابه
فسخه ما لم يشت وأكره ابن الماجشون ذلك في البيع فقال وانما قال بذلك مالك في النكاح
وقد تقدم ذلك واختلفوا في دخول الذي في النهي عن سوم أحد على سوم غيره فقال الجمهور

لا فرق في ذلك بين الذي وغيره وقال الاوزاعي لا بأس بالسوم على سوم الذي لانه ليس بأخي المسلم وقد قال صلى الله عليه وسلم : لا يسم أحد على سوم أخيه ومن هم ما منع قوم بيع المزايدة وان كان الجمهور على جوازه * وسبب الخلاف بينهم هل يحمل هذا النبي على الكراهة او على الحظر ثم اذا حمل على الحظر فهل يحمل على جميع الاحوال أو في حالة دون حالة

﴿ فصل ﴾

وأما نهيه عن تلقى الركبان للبيع فاختلفوا في مفهوم النبي ما هو فرأى مالك ان المقصود بذلك أهل الاسواق لئلا يتفرد المتلقي برخص السلعة ودون أهل الاسواق ورأى أنه لا يجوز أن يشتري أحد سلعة حتى تدخل السوق هذا اذا كان التلقي قريباً فان كان بعيداً فلا بأس به وحد القرب في المذهب بنحو من ستة أميال ورأى انه اذا وقع جاز ولكن بشرط المشتري أهل الاسواق في تلك السلعة التي من شأنها أن يكون ذلك سوقها واما الشافعي فقال ان المقصود بالنهي انما هو لاجل البائع لئلا يغبته المتلقي لان البائع يجهل سعر البند وكان يقول اذا وقع قرب السلعة بالخيار ان شاء أنفذ البيع أو رده ومذهب الشافعي هو نص في حديث أنى هرة الثالث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عليه الصلاة والسلام : لا تلتقوا الجلب فن تلقى منه شيئاً فاشتراه فصاحبه بالخيار اذا أتى السوق خرجه مسلم وغيره .

﴿ فصل ﴾

وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادي فاختلف العلماء في معنى ذلك فقال قوم لا يبيع أهل الحضر لأهل البادية قولاً واحداً واختلف عنه في شراء الحضري للبدوي مرة أجازوه وبه قال ابن حبيب ومرة منعه وأهل الحضر عندهم الامتناع وقد قيل عنه انه لا يجوز ان يبيع أهل القرى لأهل العمود المنتقلين وبمثل قول مالك قال الشافعي والاوزاعي وقال أبو حنيفة واصحابه لا بأس ان يبيع الحاضر للبادي ويخبره بالسعر وكرهه مالك أعنى أن يخبر الحضري البادي بالسعر واجازه الاوزاعي والذين منعهوا اتفقوا على أن القصد بهذا النبي هو ارفاق أهل الحضر لأن الاشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة وهي عندهم أرخص بل أكثر مما يكون مجاناً عندهم أى بغير ثمن فكأنهم رأوا انه يكره ان ينصح الحضري للبدوي وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام : الدين النصيحة وبهذا تمسك في جوازه أبو حنيفة وحجة الجمهور حديث جابر خرجه مسلم وأبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

لا يبيع حاضر لباد ذر والناس يرزق الله بعضهم من بعض وهذه الزيادة انقرد بها ابو داود في أحسب والاشبه ان يكون من باب غبن البدوى لانه يردو السعر مجحول عنده الا ان ثبت هذه الزيادة ويكون على هذا معنى الحديث معنى النهى عن تلقى الركب ان على ما تأوله الشافعى وجاء فى الحديث الثابت واختلفوا اذا وقع فقال الشافعى اذا وقع فقد تم وجاز البيع لقوله عليه الصلاة والسلام: دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض واختلف فى هذا المعنى أصحاب مالك فقال بعضهم يفسخ وقال بعضهم لا يفسخ .

﴿ فصل ﴾

واما نهي عليه الصلاة والسلام عن ان يجش فاتفق العلماء على منع ذلك وان النجش هو أن يزيد أحد فى سلة وليس فى نفسه شراؤه اريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشتري واختلفوا اذا وقع هذا البيع فقال أهل الظاهر هو فاسد وقال مالك هو كالعيب والمشتري بالخيار ان شاء ان يرد رد وان شاء ان يمسك امسك وقال ابو حنيفة والشافعى ان وقع أمهم وجاز البيع * وسبب الخلاف هل يتضمن النهى فساد المنهى وان كان النهى ليس فى نفس الشيء بل من خارج فمن قال يتضمن فسخ البيع لم يحزه ومن قال ليس يتضمن اجازة والجمهور على أن النهى اذا ورد لمعنى فى المنهى عنه انه يتضمن الفساد مثل النهى عن الربا والغرر واذا ورد الا من خارج لم يتضمن الفساد ويشبه ان يدخل فى هذا الباب نهي عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء لقوله عليه الصلاة والسلام فى بعض ألفاظه انه نهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلاء . وقال ابو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الماء ونهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلاء وقال لا يمنع رهو يتر ولا يبيع ماء واختلف العلماء فى تأويل هذا النهى فحمله جماعة من العلماء على عمومهم فقالوا لا يحل بيع الماء بحال كان من ثمر أو غدير أو عين فى أرض مملوكة أو غير مملوكة غير انه ان كان مملوكة كان احق بمقدار حاجته منه وبه قال يحيى بن يحيى قال أربيع لا أرى ان يمنع الماء والنار والخطب والكلاء وبعضهم خصص هذه الاحاديث لمعارضة الاصول لها وهو أنه لا يحل مال احد الا بطيب نفس منه كما قال عليه الصلاة والسلام وانعقد عليه الاجماع والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا فى جهة تخصيصه فقال قوم معنى ذلك ان البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوما وهذا يوما فيرى زرع أحدهما فى بعض يومه ولا يروى فى اليوم الذى لشريكه زرع فيجب عليه ان لا يمنع شريكه من

الماء بقية ذلك اليوم وقال بعضهم انما تأويل ذلك في الذي يزرع على مائه فتنهار بثره ولجاره فضل ماء انه ليس لجاره ان يمنعه فضل مائه الى أن يضلح بثره والتأويلان قريبان ووجه التأويلين انهم حملوا المطلق في هذين الحديثين على المقيد وذلك انه منى عن بيع الماء مطلقاً ثم نهي عن منع فضل الماء فحملوا المطلق في هذا الحديث على المقيد وقالوا الفضل هو الممنوع في الحديثين . واما مالك فأصل مذهبه ان الماء متى كان في أرض مملوكة متبعة فهو لصاحب الأرض له يبيعه ومنعه الا ان يرد عليه قيرم لاثمن معهم ويخاف عليهم الهلاك وحمل الحديث على آبار الصحراء التي تتخذ في الارضين الغير مملوكة فرأى ان صاحبها اعني الذي حفرها اولى بها فاذا روت ماشيته ترك الفضل للناس وكانه رأى ان البئر لا تنملك بالاحياء ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة ولدها وذلك انهم اتفقوا على منع التفرقة في المبيع بين الام ولدها لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام : من فرق بين والدة ولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة واختلفوا من ذلك في موضعين في وقت جواز التفرقة وفي حكم البيع اذا وقع فاما حكم البيع فقال مالك يفسخ وقال الشافعي وابو حنيفة لا يفسخ وانما البائع والمشتري *
وسبب الخلاف هل النهي يقتضي فساد المنهي اذا كان لعلة من خارج . واما الوقت الذي ينتقل فيه المنع الى الجواز فقال مالك حدد ذلك الاثغار وقال الشافعي حدد ذلك سبع سنين أو ثمان وقال الاوزاعي حده فوق عشرة سنين وذلك انه اذا تقعر نفسه واستغنى في حياته عن امه ويلحق بهذا الباب اذا وقع في البيع غبن لا يتغابن الناس مثله هل يفسخ البيع أم لا فالمشهور في المذهب أن لا يفسخ وقال عبد الوهاب اذا كان فوق الثلث رد وحكه عن بعض أصحاب مالك وجعله عليه الصلاة والسلام الخيار لصاحب الجلب اذا تلقى خارج المصدق ليس على اعتبار الغبن وكذلك ما جعل لمنقذين حبان من الخيار ثلاثاً ما ذكره انه يغبن في البيوع ورأى قوم من السلف الاول ان حكم الوالد في ذلك حكم الوالدة وقوم رأوا ذلك في الاخوة .

﴿ الباب السادس في النهي من قبل وقت العبادات ﴾

وذلك انما ورد في الشرع في وقت وجوب المشي الى الجمعة فقط لقوله تعالى « إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع » وهذا أمر مجمع عليه فيما أحسب أعني منع البيع عند الاذان الذي يكون بعد الزوال والامام على المنبر واختلفوا في حكمه اذا وقع هل يفسخ أولاً يفسخ فان فسخ فعلى من يفسخ وهل يلحق سائر العقود في هذا المعنى

بالبائع أم لا يلحق فالمشهور عن مالك أنه يفسخ وقد قيل لا يفسخ وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة * وسبب الخلاف كما قلنا غير ماسرة هل النهي الوارد لسبب من خارج يقتضي فساد المنهي عنه أولا يقتضيه . وأما على من يفسخ فعند مالك على من تجب عليه الجمعة لا على من لا تجب عليه . وأما أهل الظاهر فتتضي أصولهم أن يفسخ على كل بائع . وأما سائر العمود فيحتل أن تلحق بالبيوع لأن فيها المعنى الذي في البيع من الشغل به عن السعي إلى الجمعة ويحتل أن لا يلحق به لأنها تتم في هذا الوقت نادرًا بخلاف البيوع . وأما سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهة الندب لمرتب الوقت فاذا فات فعلى جهة الخطر وإن كان لم يقل به أحد في مبلغ علمي ولذلك مدح الله تارك البيوع لمكان الصلاة فقال تعالى « رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة » واذ قد أثبتت أسباب الفساد العامة للبيوع فلنصر إلى ذكر الأسباب والشروط المصححة له وهو القسم الثاني من النظر العام في البيوع .

(القسم الثاني)

والأسباب والشروط المصححة للبيع هي بالجملة ضد الأسباب المفسدة له وهي منحصرة في ثلاثة أجناس ، النظر الأول في العقد ، والثاني في المعمود عليه ، والثالث في العاقدین . ففي هذا القسم ثلاثة أبواب .

(الباب الأول في العقد)

والعقد لا يصح إلا بالفاظ البيع والشراء التي صيغت ماضية مثل أن يقول البائع قد بعث منك ويقول المشتري قد اشتريت منك وإذا قال له بعني سلعتك بكذا وكذا فقال قد بعته فعند مالك أن البيع قد وقع وقد لزمت المستفهم إلا أن يأتي في ذلك بعذر وعند الشافعي أنه لا يتم البيع حتى يقول المشتري قد اشتريت وكذلك إذا قال المشتري للبائع كم تباع سلعتك فيقول المشتري بكذا وكذا فقال قد اشتريت منك اختلف هل يلزم البيع أم لا حتى يقول قد بعته منك وعند الشافعي أنه يتم البيع بالألفاظ الصريحة وبالكتابة ولا أذكر مالك في ذلك قولاً ولا يكنى عند الشافعي المعاطاة دون قول ولا خلاف فيما أحسب أن الإيجاب والتبول المؤثرين في اللزوم لا يترأخ أحدهما عن الثاني حتى يفتقر المجلس أعني أنه متى قال البائع قد بعث سلعتي بكذا وكذا فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال قد قبلت أنه لا يلزم ذلك البائع واختلفوا متى يكون اللزوم فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهم ما وطأ ثقتهم من أهل

المدينة ان البيع يلزم في المجلس بالقول وان لم يفترقا وقال الشافعي واحمد واسحاق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضى الله عنهم البيع لازم بالافتراق من المجلس وانهم ما هم لم يفترقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد وهو قول ابن أبي ذئب في طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضي شرح القاضي وجماعة من التابعين وغيرهم وهو مروى عن ابن عمر وأبي هريرة الاسلامى من الصحابة ولا مخالف لهما من الصحابة وعمدة المشتريين بخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا الا بيع الخيار وفي بعض روايات هذا الحديث الا ان يقول أحدهما صاحبه اختر وهذا حديث اسناده عند الجميع من اوثق الاسانيد وأصحها حتى لقد زعم ابو محمد ان مثل هذا الاسناد يوقع العلم وان كان من طريق الاحاد واما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث فالذى اعتمد عليه مالك رحمه الله في رد العمل به انه لم يلف عمل أهل المدينة عليه مع انه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود انه قال أيماء يعين تباعا فالتول قول البائع أو يتراد ان فكأنه حمل هذا على عمومته وذلك يقتضى ان يكون في المجلس وبعد المجلس ولو كان المجلس شرطاً في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه الى تبين حكم الاختلاف في المجلس لان البيع بعد لم ينعقد ولا يلزم بل بعد الافتراق من المجلس وهذا الحديث منقطع ولا يعارض به الاول وبخاصة انه لا يعارضه الا مع توهم العموم فيه والاولى ان يبنى هذا على ذلك وهذا الحديث لم يخرج له أحد مسنداً فاما أحسب فهذا هو الذى اعتمد عليه مالك رحمه الله في ترك العمل بهذا الحديث . وأما أصحاب مالك فاعتمدوا في ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس فن أظهر الظواهر في ذلك قوله عز وجل « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » والعتد هو الايجاب والقبول والا مر على الوجوب وخيار المجلس بوجوب ترك الوفاء بالعتد لان له عندهم ان يرجع في البيع بعد ما انعم ما لم يفترقا . واما القياس فانهم قالوا عتد معاً وضمة فلم يكن خيار المجلس فيه أثر أصله سائر العتود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد فلما قيل لهم ان الظواهر التي يحتاجون بها لخصصها بالحديث المذكور فلم يبق لكم في مقابلة الحديث الا القياس فيلزمكم على هذا ان تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الاثر وذلك مذهب مهجور عند المالكية وان كان قد روى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبي حنيفة فاجابوا عن ذلك بان هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب وانما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره قالوا تأويل الظاهر بالقياس

متنق عليه عند الأصوليين قالوا ولنا فيه تأويلان ، أحدهما ان المتبايعين في الحديث المذكور هما المتساويان اللذان لم ينفذ بينهما البيع فقبل لهم انه يكون الحديث على هذا لا فائدة فيه لانه معلوم من دين الامة انهما بالخيار اذا لم يقع بينهما عقد بالقول ، واما التأويل الآخر فقالوا ان التفرق همنا عما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالابدان كما قال تعالى « وإن يتفرقا يغن الله كلالنا من سعته » والاعتراض على هذا ان هذا مجاز لا حقيقة والحقيقة هي التفرق بالابدان ووجه الترجيح ان يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الاقوى والحكمة في ذلك هي لموضع الندم فهذه هي أصول الركن الاول الذي هو العتد .

(وأما الركن الثاني)

الذي هو المعقود عليه فانه يشترط فيه سلامته من العرر والربا وقد تقدم المختلف في هذه من المتنق عليه وأسباب الاختلاف في ذلك فلا معنى لتكراره والعرر ينتفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر متدورا على تسليمه وذلك في الطرفين الثمن والتمنون معلوم الاجل ايضاً ان كان بيعاً مؤجلاً .

(وأما الركن الثالث)

وهما العاقدان فانه يشترط فيهما ان يكونا مالكين تامي الملك أو وكيلين تامي الوكالة بالغين وأن يكونا مع هذا غير محجور عليهما او على احدهما اما لحق أنفسهما كالفقير عند من يرى التحجير عليه او لحق الغير كالعبد الا ان يكون العبد مأذوناً له في التجارة واختلفوا من هذا في بيع الفضولي هل ينقذ أم لا وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضى به صاحب المال امضى البيع وان لم يرض فسسخ وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير اذنه على انه ان رضى المشتري صح الشراء والام يصح فنه الشافعي في الوجهين جميعاً وأجازده مالك في الوجهين جميعاً وفرق ابو حنيفة بين البيع والشراء فقال يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء وعمدة المالكية ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقي ديناراً وقال اشتراكنا من هذا الجلب شاة قال فاشتريت شاتين بدينار وبعث احدى الشاتين بدينار وجاءت بالشاة والدينار فقلت يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم فقال اللهم بارك له في صفقة يمينه ووجه الاستدلال منه ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمره في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع فصار ذلك حجة على أبي حنيفة في صحة الشراء للغير وعلى الشافعي في الامرين جميعاً وعمدة الشافعي

النهي الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده والمالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره قالوا .
والدليل على ذلك أن الهى أنما ورد في حكم بن حزام وقضية مشهورة وذلك أنه كان يبيع
لنفسه ما ليس عنده * وسبب الخلاف المسئلة المشهورة هل اذا ورد الهى على سبب حمل على
سببه أو يعم فهذه هى أصول هذا القسم وبالجملة فالنظر في هذا القسم هو منطوق بالقوة في الجزء
الاول ولكن النظر الصناعى الفقهى يقتضى ان يفرد بالتكلم فيه واذا قد تكلمنا في هذا الجزء
بحسب غرضنا فلنصر الى القسم الثالث وهو القول في الاحكام العامة لليوع الصحيحة

﴿ القسم الثالث القول في الاحكام العامة لليوع الصحيحة ﴾

وهذا القسم تنحصر اصوله التى لها تعلق قريب بالمسموع فى أربع جمل ، الجملة الاولى فى
احكام وجود العيب فى المبيعات ، والجملة الثانية فى الضمان فى المبيعات متى ينتقل من ملك
البائع الى ملك المشتري ، والثالثة فى معرفة الاشياء التى تتبع المبيع مما هى موجودة فيه فى
حين البيع من التى لا تتبعه ، والرابعة فى اختلاف المتبايعين وان كان الا ليق به كتاب الاقضية
وكذلك ايضا من ابواب احكام اليوع الاستحقاق وكذلك الشفعة هى ايضا من الاحكام
الطارئة عليه لكن جرت العادة ان يفرد لها كتاب .

﴿ الجملة الاولى ﴾ وهذه الجملة فيها بيان ، الباب الاول فى احكام وجود العيوب فى البيع
المطلق ، والباب الثانى فى احكامها فى البيع بشرط البراءة .

﴿ الباب الأول فى احكام العيوب فى البيع المطلق ﴾

والاصل فى وجوب الرد بالعيب قوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وحديث
المصراة المشهور ولما كان القائم بالعيب لا يخلو أن يقوم فى عقد يوجب الرد أو يقوم فى عقد
لا يوجب ذلك ثم اذا قام فى عقد يوجب الرد فلا يخلو ايضا أن يقوم بعيب يوجب حكماً أولاً
يوجب ثمة ان قام بعيب يوجب حكماً فلا يخلو المبيع ايضا أن يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع
اولاً يكون فان كان لم يحدث فما حكمه وان كان حدث فيه فكم أصناف التغيرات وما
حكمها كانت الفصول المحيطة باصول هذا الباب خمسة ، الفصل الاول فى معرفة العقود التى
يجب فيها بوجود العيب حكم من التى لا يجب ذلك فيها ، الثانى فى معرفة العيوب التى توجب
الحكم وما شرطها الموجب للحكم فيها ، الثالث فى معرفة حكم العيب الموجب اذا كان المبيع لم
يتغير ، الرابع فى معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها ، الخامس فى القضاء

في هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين وان كان أليق بكتاب الاقضية .

(الفصل الأول من الباب الأول)

أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بالاخلاف فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة كما ان العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف ايضا في انه لا تأثير للعيب فيها كالهبات لغير الثواب والصدقة . واما ما بين هذين الصنفين من العقود اعني ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب فالأظهر في المذهب انه لا حكم فيها بوجود العيب وقد قيل يحكم به اذا كان العيب مفسداً .

(الفصل الثاني)

وفي هذا الفصل نظران ، أحدهما في العيوب التي توجب الحكم ، والنظر الثاني في الشرط الموجب له .

١- النظر الاول . فأما العيوب التي توجب الحكم فتمها عيوب في النفس ومنها عيوب في البدن وهذه منها ما هي عيوب بان تشتترط اضدادها في المبيع وهي التي تسمى عيوباً من قبل الشرط ومنها ما هي عيوب توجب الحكم وان لم يشترط وجود اضدادها في المبيع وهذه هي التي فتدها نقص في أصل الخلقة . وأما العيوب الاخر فهي التي اضدادها كمالات وليس فقدتها نقصاً مثل الصنائع وأكثر ما يوجد هذا الصنف في أحوال النفس وقد يوجد في أحوال الجسم والعيوب الجسمية منها ما هي في اجسام ذوات النفس ومنها ما هي في غير ذوات النفس والعيوب التي لها تأثير في العقد هي عند الجميع ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصاً ناله تأثير في ثمن المبيع وذلك يختلف بحسب اختلاف الأزمان والعوائد والأشخاص فربما كان النقص في الخلقة فضيلة في الشرع كالخفاص في الاماء والختان في العبيد ولتقارب هذه المعاني في شيء شيء مما يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء في ذلك ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك في نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصاً عن تقدمه أو فيما لم يتف على نص فيه لغيره فمن ذلك وجود الزنا في العبيد اختلف العلماء فيه فقال مالك والشافعي هو عيب وقال أبو حنيفة ليس بعيب وهو نقص في الخلق الشرعي الذي هو العفة والزواج عند مالك عيب وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال وكذلك الدين وذلك أن العيب بالجملة

هو ما عاق فعل النفس أو فعل الجسم وهذا المائق قد يكون في الشيء وقد يكون من خارج وقال الشافعي ليس الدين ولا الزوج بعيب فيما أحسب والحمل في الرائحة عيب عند مالك وفي كونه عيباً في الوخش خلاف في المذهب والتصريه عند مالك والشافعي عيب وهو حتن اللبن في الثدي أياما حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذولبن غزير وحجتهم حديث المصرة المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم: لا تصر والابل والبقر فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين أن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعا من تمر قالوا فأثبت له الخيار بالرد مع التصرية وذلك دال على كونه عيباً مؤثراً قالوا وأيضاً فإنه مدلس فاشبهه التدليس بسائر العيوب وقال أبو حنيفة وأصحابه ليست التصرية عيباً الاتفاق على أن الإنسان إذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلاً أن ذلك ليس بعيب قالوا وحديث المصرة ايجب أن لا يوجب عملاً لمفارقة الأصول وذلك أنه مفارق للأصول من وجوده فمنها أنه معارض لقوله عليه الصلاة والسلام: الخراج بالضمان وهو أصل متفق عليه ومنها أن فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة وذلك لا يجوز باتفاق ومنها أن الأصل في المتلفات . إما التيمم . وإما المثل واعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمة ولا مثلاً ومنها بيع الطعام المحبول أي الجزاف بالمكيل المعلوم لأن اللبن الذي دلس به البائع غير معلوم القدر وأيضاً فإنه يقل ويكثر والعوض ههنا محدود ولكن الواجب أن يستثنى هذا من هذه الأصول كلها الموضع صحة الحديث وهذا كما أنه ليس من هذا الباب وإنما هو حكم خاص ولكن اطرديسه القول فلترجع الى حيث كنا فنقول أنه لا خلاف عندهم في العور والعمى وقطع اليد والرجل أنها عيوب مؤثرة وكذلك المرض في أي عضو كان أو كان في جملة البدن والشيب في المذهب عيب في الرائحة وقيل لا بأس بالسير منه فيها وكذلك الاستحاضة عيب في الرقيق والوخش وكذلك ارتفاع الحيض عيب في المشهور من المذهب والزعر عيب وأمراض الخواص والأعضاء كلها عيب باتفاق وبالجملة فأصل المذهب أن كل ما أثر في القيمة أعنى تنقص منها فهو عيب والبول في الفراش عيب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ترد الجارية به ولا يرد العبد به والتأنيث في الذكر والتذكير في الأنثى عيب هذا كله في المذهب إلا ما ذكرنا فيه الاختلاف .

في النظر الثاني . وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو أن يكون حادثاً قبل أمد التبايع باتفاق أو في العهدة عند من يقول بها فيجب ههنا أن نذكر اختلاف الفقهاء في العهدة فنقول انفراداً بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الامصار وسلفه في ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة

وغيرهم ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع وهي عند القائلين بها عهدتان عهدة الثلاثة الايام وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشتري وعهدة السنة وهي من العيوب الثلاثة الجذام والبرص والجنون فما حدث في السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرهما من العيوب كان من ضمان المشتري على الاصل وعهدة الثلاث عند المالكية بالجملة بمنزلة ايام الخيار واما الاستبراء والنفقة فيها والضمان من البائع وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشتري الا من الاداء الثلاثة وهذه العهدة عند مالك في الرقيق وهي أيضا واقعة في أصناف البيوع في كل ما القصد منه المما كسة والخاكرة وكان بيعا لا في الذمة هذا ما لا خلاف فيه في المذهب واختلف في غير ذلك وعهدة السنة تحسب عنده بعد عهدة الثلاث في الاشهر من المذهب وزمان المواضعة يتدخل مع عهدة الثلاث إن كان زمان المواضعة أطول من عهدة الثلاث وعهدة السنة لا يتدخل مع عهدة الاستبراء هذا هو الظاهر من المذهب وفيه اختلاف وقال الفقهاء السبعة لا يتدخل منها عهدة مع ثانية فعهدة الاستبراء أولاً ثم عهدة الثلاث ثم عهدة السنة واختلف أيضا عن مالك هل تلزم العهدة في كل البلاد من غير ان يحمل أهلها عليها فرى عنه الوجهان فاذا قيل لا يلزم أهل هذه البلد الا ان يكونوا قد حملوا على ذلك فهل يجب ان يحمل عليها أهل كل بلد أم لا فيه قولان في المذهب ولا يلزم النقد في عهدة الثلاث وان اشترط ويلزم في عهدة السنة والعلة في ذلك انه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياساً على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع فلهذا كلف مشهورات أحكام العهدة في مذهب مالك وهي كلها فروع مبنية على صحة العهدة فلترجع الى تقرير حجج المثبتين لها والمبطلين . أما عمدة مالك رحمه الله في العهدة وحجته التي عول عليها فهي عمل أهل المدينة . وأما أصحابه المتأخرون فاتهم احتجوا بما رواه الحسن عن عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاثة ايام وروى أيضا لا عهدة بعد اربع وروى هذا الحديث أيضا الحسن عن سمرة بن جندب الفزاري رضى الله عنه وكلا الحديثين عند أهل العلم معلول فانهم اختلفوا في سماع الحسن عن سمرة وان كان الترمذي قد صححه . وأما سائر فقهاء الامصار فلم يصح عندهم في العهدة أثر ورأوا انها ولو صحت مخالفة الاصول وذلك أن المسلمين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهي من المشتري فانه خصيص لمثل هذا الاصل المتقرر انما يكون بسماع ثابت ولهذا ضعف عند مالك في أحاد روايتين عند ان يفتى بها في كل بلد الا ان يكون ذلك عرفا في البلد أو يشترط وبخاصة

عهدة السنة فانه لم يأت في ذلك أثر وروى الشافعي عن ابن جريح قال سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال ما علمت فيها أمراً سالماً وأذقد تقرر القول في تمييز العيوب التي توجب حكماً من التي لا توجبها وتقرر الشرط في ذلك وهو ان يكون العيب حادثاً قبل البيع أو في العهدة عند من يرى العهدة فلنصر الى ما بقى .

(الفصل الثالث)

واذا وجدت العيوب فان لم يتغير المبيع بشئ من العيوب عند المشتري فلا يخلو ان يكون في عقار أو عرض أو في حيوان فان كان في حيوان فلا خلاف ان المشتري يحجر بين ان يرد المبيع ويأخذ منه أو يمسه ولا شيء له . وأما ان كان في عقار مالك يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول ان كان العيب يسيراً لم يجب الرد ووجب قيمة العيب وهو الارش وان كان كثيراً وجب الرد وهذا هو الموجود المشهور في كتب أصحابه ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل . وأما العرض فالمشهور في المذهب انها ليست في هذا الحكم بمنزلة الاصول وقد قيل انها بمنزلة الاصول في المذهب وهذا الذي كان يختاره الفقيه أبو بكر بن زرق شيخ جدى رحمة الله عليهم ما وكان يقول انه لا فرق في هذا المعنى بين الاصول والعروض وهذا الذي قاله يلزم من يفرق بين العيب الكثير والقليل في الاصول أعنى ان يفرق في ذلك أيضاً في العرض والاصل ان كل ما حط القيمة أنه يجب به الرد وهو الذي عليه فقهاء الامصار ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التي قلت في الاصول ولم يختلف قولهم في الحيوان أنه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير .

﴿فصل﴾ واذ قد قلنا ان المشتري يحجر بين ان يرد المبيع ويأخذ منه أو يمسه ولا شيء له فان اتقنا على ان يمسه المشتري سأعته ويعطيه البائع قيمة العيب فعمامة فقهاء الامصار يحجزون ذلك الا ابن جريح من أصحاب الشافعي فانه قال ليس له ما ذلك لانه خيار في مال فلم يكن له اسقاطه بعوض كخيار الشفعة قال القاضي عبد الوهاب وهذا غلط لان ذلك حق للمشتري فله ان يستوفيه أعنى أن يرد ويرجع بالثمن ولان يعاوض على تركه وما ذكره من خيار الشفعة فانه شاهد لنا فان له عندنا تركه الى عوض يأخذه وهذا لا خلاف فيه وفي هذا الباب فرعان مشهوران من قبل التبعية ، أحدهما هل اذا اشتري المشتري أنواعاً من المبيعات في صفقة واحدة فوجد أحدها معيباً فهل يرجع بالجميع أو بالذى وجد فيه العيب فقال قوم ليس

له إلا ان يرد الجميع أو يمسك وبه قال أبو ثور والاوزاعي إلا ان يكون قد سسى مال الكل واحد من تلك الأنواع من التهمة فان هذا مما لا خلاف فيه انه يرد المبيع بعينه فقط وانما الخلاف اذا لم يسم وقال قوم يرد المبيع بمحضته من الثمن وذلك بالتقدير ومن قال بهذا القول سنيان الثوري وغيره وروى عن الشافعي القولان معا ووفق مالك فقال ينظر في الميعب فان كان ذلك وجه الصنفه والمتصود بالشراء يرد الجميع وان لم يكن وجه الصنفه رده بقمته ووفق أبو حنيفة تقريراً آخر وقال ان وجد العيب قبل القبض يرد الجميع وان وجد بعد القبض يرد الميعب بمحضته من الثمن ففي هذه المسئلة أربعة أقوال فحجة من منع التبعيض في الرد ان المردود يرجع فيه بقمته لم يتفق عليه المشتري والبائع وكذلك الذي بقي انما يبق بقمته لم يتفق عليه او يمكن انه لو بعضت السلعة لم يشترب البعض بالقيمة التي أقيم بها . وأما حجة من رأى الرد في البعض الميعب ولا بد فلانه موضع ضرورة فأقيم فيه التقيويم والتقدير مقام الرضا قياسا على ان ما فات في البيع فليس فيه الا القيمة . وأما تقرير مالك بين ما هو وجه الصنفه أو غير وجهها فاستحسن منه لانه رأى ان ذلك الميعب اذا لم يكن مقصودا في المبيع فليس كبير ضرر في أن لا يوافق الثمن الذي أقيم به أراد المشتري أو البائع . وأما عندما يكون مقصوداً أو جعل المبيع فيعظم الضرر في ذلك واختلف عنه هل يعتبر تأثير العيب في قيمة الجميع أو في قيمة الميعب خاصة . وأما تقرير أبي حنيفة بين ان يقبض أولاً لا يقبض فان القبض عنده شرط من شروط تمام البيع ومالم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع وحكم الاستحراق في هذه المسئلة حكم الرد بالعيب .

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ فانهم اختلفوا ايضا في رجلين يتباعان شيئاً واحداً في صفقة واحدة فيجدان به عيباً فيريد أحدهما الرجوع ويأبى الآخر فقال الشافعي لمن أراد الرد أن يردوه ورواية ابن القاسم عن مالك وقيل ليس لانه ان يرد فن أوجب الرد شبهه بالصفقتين المتفرقتين لانه قد اجتمع فيها عاقدان ومن لم يوجب شبهه بالصفقة الواحدة اذا أراد المشتري فيه تبعيض رد المبيع بالعيب .

﴿الفصل الرابع﴾

وأما ان تغير المبيع عند المشتري ولم يعلم بالعيب الا بعد تغير المبيع عنده فالحكم في ذلك يختلف عند فقهاء الامصار بحسب التغير . فأما ان تغير بموت أو فساد أو عتق ففقهاء الامصار على انه فوت ويرجع المشتري على البائع بقيمة العيب وقال عطاء بن أبي رباح لا يرجع في الموت

والعتق بشئ * وكذلك عندم حكم من اشترى جارية فأولدها وكذلك انتدبير عندم وهو
القياس في الكتابة . وأما تعيره بالبيع فاتهم اختلافوا فيه فقال أبو حنيفة والشافعي اذا باع لم
يرجع بشئ * وكذلك قال الليث . وأما مالك فله في البيع تمصيل وذلك أنه لا يخلو أن يبيعه من
بائعه منه أو من غير بائعه ولا يخلو أيضا أن يبيعه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر فان باعه من بائعه منه
بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب وان باعه منه بأقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب وان باعه
بأكثر من الثمن نظر فان كان البائع الاول مدلساً أى عالماً بالعيب لم يرجع الاول على الثاني
بشئ * وان لم يكن مدلساً رجع الاول على الثاني في الثمن والثاني على الاول أيضاً وينسخ البيعان
ويعود المبيع الى ملك الاول فان باعه من عند بائعه منه فقال ابن القاسم لا رجوع له بقيمة العيب
مثل قول أبي حنيفة والشافعي وقال ابن عبد الحكم له الرجوع بقيمة العيب وقال أشهب يرجع
بالأقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن هذا اذا باعه بأقل مما اشتراه وعلى هذا لا يرجع اذا باعه
بمثل الثمن أو أكثر وبه قال عثمان البتي ووجه قول ابن القاسم والشافعي وأبي حنيفة أنه اذا
فات بالبيع فقد أخذ عوضاً فيه من غير أن يعتبر تأثير العيب في ذلك العوض الذي هو الثمن
ولذلك متى قام عليه المشتري منه بعيب رجع هو على البائع الاول بلا خلاف ووجه القول
الثاني تشبيهه البيع بالعتق ووجه قول أشهب وعثمان أنه لو كان عنده المبيع لم يكن له الا
الامساك أو الرد للجميع فاذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن فليس له الا ما نقص الا ان يكون
أكثر من قيمة العيب وقال مالك ان وهب أو تصدق رجع بقيمة العيب وقال أبو حنيفة
لا يرجع لان هبته او صدقته تقويت للملك بغير عوض ورضي منه بذلك طلباً للاجر فيكون
رضاه باسقاط حق العيب أولى وأخرى بذلك . وأما مالك فماس الهبة على العتق وقد كان
القياس أن لا يرجع في شئ من ذلك اذا فات ولم يمكنه الرد لان اجماعهم على أنه اذا كان في يديه
فليس يجب له الا الرد أو الامساك دليل على أنه ليس للعيب تأثير في اسقاط شئ من الثمن وانما
له تأثير في فسخ البيع فقط . وأما العقود التي يتعاقبها الاسترجاع كالرهن والاجارة فاختلف
في ذلك أصحاب مالك فقال ابن القاسم لا يمنع ذلك من الرد بالعيب اذا رجع اليه المبيع وقال
أشهب اذا لم يكن زمان خر وجهه عن يده زماناً بعيداً كان له الرد بالعيب وقول ابن القاسم أولى
والهبة للشواب عند مالك كالبيع في انها فوت فهذه هي الاحوال التي تطرأ على المبيع من العقود
الحادثة فيها وأحكامها .

(باب في طرء النقصان)

وأما ان طرأ على المبيع نقص فلا يخلو ان يكون النقص في قيمته أو في البدن أو في النفس .
فأما نقصان القيمة لا اختلاف الاسواق فغير مؤثر في الرد بالعيب باجماع . وأما النقصان
الحادث في البدن فان كان يسيراً غير مؤثر في القيمة فلا تأثير له في الرد بالعيب وحكمه حكم الذي
لم يحدث وهذا نص مذهب مالك وغيره . وأما النقص الحادث في البدن المؤثر في القيمة
فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال ، أحدها انه ليس له ان يرجع الا بقيمة العيب فقط
وليس له غير ذلك اذا أبى البائع من الرد وبه قال الشافعي في قوله الجديد وأبو حنيفة وقال الثوري
ليس له الا ان يرد ويرد مقدار العيب الذي حدث عنده وهو قول الشافعي الاول ، والقول
الثالث قول مالك ان المشتري بالخيار بين ان يمسك ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو
يرده على البائع ويعطيه ثمن العيب الذي حدث عنده وانه اذا اختلف البائع والمشتري فقال
البائع للمشتري أنا أقبض المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذي حدث عندك وقال المشتري
بل أنا أمسك المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذي حدث عندك فالقول قول المشتري
والخيار له وقد قيل في المذهب القول بالبائع وهذا انما يصحح على قول من يرى انه ليس
للمشتري الا ان يمسك أو يرد وما نقص عنده وشذ أبو محمد بن حزم فقال له ان يرد ولا شيء
عليه . وأما حجة من قال انه ليس للمشتري الا ان يرد ويرد قيمة العيب أو يمسك فلا نه قد
أجمعوا على انه اذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشتري فليس له الا الرد فوجب استصحاب
حال هذا الحكم وان حدث عند المشتري عيب مع اعطائه قيمة العيب الذي حدث عنده .
وأما من رأى انه لا يرد المبيع شيء وانما له قيمة العيب الذي كان عند البائع فقياساً على العتق
والموت لكون هذا الاصل غير مجمع عليه وقد خالف فيه عطاء . وأما مالك فلما تعارض عنده
حق البائع وحق المشتري غلب المشتري وجعل له الخيار لان البائع لا يخلو من أحد أمرين .
اما ان يكون مفرطاً في ان لم يستعلم العيب ويعلم به المشتري أو يكون علمه فدلس به على
المشتري وعندما لك انه اذا صح انه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير ان يدفع اليه المشتري
قيمة العيب الذي حدث عنده فان مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذي
لم يثبت انه دلس فيه . وأما حجة أبي محمد فلا نه أمر حدث من عند الله كما لو حدث في ملك البائع
فان الرد بالعيب دال على أن البيع لم ينعقد في نفسه وانما انعقد في الظاهر وأيضاً فلا كتاب

ولأسنة يوجب على مكف غرم ما لم يكن له تأثير في نقصه إلا أن يكون على جهة التغليظ عند من ضمن العاصب ما تنقص عنده بأمر من الله فهذا حكم العيوب الحادثة في البدن . وأما العيوب التي في النفس كالأباق والسرقة فقد قيل في المذهب أنها تفتى الرد كعيوب الأبدان وقيل لا ولا خلاف أن العيب الحادث عند المشتري إذا ارتفع بعد حدوثه أنه لا تأثير له في الرد إلا أن لا يؤمن عاقبته واختلفوا من هذا الباب في المشتري يظاً الجارية فقال قوم إذا وطئ فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب وسواء كانت بكرأ أو ثيباً وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي رد قيمة الوطء في البكر ولا يرد لها في الثيب وقال قوم بل يرد لها ويردمهر مثلها وبه قال ابن أبي شبرمة وابن أبي ليلى وقال سفيان الثوري أن كانت ثيباً رد نصف العشر من ثمنها وإن كانت بكرأ رد العشر من ثمنها وقال مالك ليس عليه في وطء الثيب شيء لأنه غلة وجبت له بالضمآن . وأما البكر فهو عيب يثبت عنده للمشتري الخيار على ما سلف من رأيه وقد روى مثل هذا القول عن الشافعي وقال عثمان البتي الوطء معتبر في العرف في ذلك النوع من الرقيق فإن كان له أثر في القيمة رد البائع ما تنقص وإن لم يكن له أثر لم يلزمه شيء فهذا هو حكم النقصان الحادث في المبيعات . وأما الزيادة الحادثة في المبيع أعني المتولدة المنفصلة منه فاختلف العلماء فيها فذهب الشافعي إلى أنها غير مؤثرة في الرد وإنها للمشتري لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: الخراج بالضمآن . وأما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال يرد للبائع وليس للمشتري إلا الرد للزائد مع الأصل أو الأمسك وقال أبو حنيفة الزوائد كلها تمنع الرد وتوجب أرش العيب إلا الغلة والكسب وحجته أن ما تولد عن المبيع داخل في العقد فلما لم يكن رده ورده ما تولد عنه كان ذلك فوات يقتضي أرش العيب إلا ما نصبه الشرع من الخراج والغلة . وأما الزيادة الحادثة في نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فأنها إن كانت مثل الصبغ في الثوب والرقم في الثوب فأنها توجب الخيار في المذهب . وإما في الأمسك والرجوع بقيمة العيب . وإما في الرد وكونه شريكاً مع البائع بقيمة الزيادة . وأما النماء في البدن مثل السمن فقد قيل في المذهب يثبت به الخيار للمشتري وقيل لا يثبت وكذلك النقص الذي هو الهزال فهذا هو القول في حكم التغيير.

﴿ الفصل الخامس ﴾

وأما صفة الحكم في القضاء به هذه الأحكام فإنه إذا تقارر البائع والمشتري على حالة من هذه الأحوال المذكورة فهنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال فإن أنكر البائع دعوى القائم فلا

ينخلو ان ينكر وجود العيب أو ينكر حدوثه عنده فان أنكر وجود العيب بالمبيع فان كان العيب يستوى في ادراكه جميع الناس كفى في ذلك شاهدان عدلان عن اتفق من الناس وان كان مما يختص بعلمه أهل صناعة ما شهد به أهل تلك الصناعة فليل في المذهب عدلان وقيل لا يشترط في ذلك العدالة ولا العدد ولا الاسلام وكذلك الحال ان اختلفوا في كونه مؤثراً في التسمية وفي كونه أيضاً قبل أمد التبايع أو بعده فان لم يكن للمشتري بينة حلف البائع انه ما حدث عنده وان لم^(١) تمكن له بينة على وجود العيب بالمبيع لم يجب له عيب على البائع . وأما اذا وجب الارش فوجه الحكم في ذلك ان يقوم الشيء سليماً ويقوم معيباً ويرد المشتري ما بين ذلك فان وجب الخيار قوم ثلاث تقويمات تقويم وهو سليم وتقويم بالعيب الحادث عند البائع وتقويم بالعيب الحادث عند المشتري فيرد البائع من الثمن ويسقط عنه ما قدر منه قدر ما تنقص به القيمة المعيبة عن القيمة السليمة وان أبى المشتري الرد أحب الامساك رد البائع من الثمن ما بين القيمة الصحيحة والمعيبة عنده .

﴿ الباب الثاني في بيع البراءة ﴾

اختلف العلماء في جواز هذا البيع وصورته ان يشترط البائع على المشتري التزام كل عيب يجده في المبيع على العموم فقال أبو حنيفة يحوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أو لم يعلمه سماً أو لم يسمه أبصره أو لم يبصره . وبه قال أبو ثور وقال الشافعي في أشهر قولييه وهو المنصور عند أصحابه لا يبرأ البائع الا من عيب يريه للمشتري وبه قال الثوري . وأما مالك فالأشهر عنه أن البراءة جائزة مما لم يعلم البائع من العيوب وذلك في الرقيق خاصة الا البراءة من الحمل في الجوارى الرأعات فإنه لا يجوز عنده لعظم الغرر فيه ويجوز في الوحش وعنه في رواية ثانية انه يجوز في الرقيق والحيوان ورواية ثالثة مثل قول الشافعي وقدر وى عنه أن بيع البراءة انما يصح من السلطان فقط وقيل في بيع السلطان وبيع الموارث وذلك من غير ان يشترطوا البراءة وحجة من رأى القول بالبراءة على الاطلاق أن القيام بالعيب حق من حقوق المشتري قبل البائع فاذا أسقطه سقط أصله سائر الحقوق الواجبة وحجة من لم يحزه على الاطلاق أن ذلك من باب الغرر فيقال يعلمه البائع ومن باب العيب والغش فيما علمه ولذلك اشترط جهل البائع مالك وبالجملة فعمدة مالك ما رواه في الموطأ أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له فهاجمه درهم وباعه على البراءة فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داء لم تسمه فاخصما

الى عثمان فقال الرجل باعني عبداً وبداء لم يسمه لي وقال عبد الله بعته بالبراءة فقتضى عثمان على عبد الله ان يحلف ان يباع العبد وما به داء يعلمه فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد وروى أيضاً أن زيد بن ثابت كان يميز بين البراءة وانما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوهم في الاكثر خافية وبالجملة خيار الرد بالعيب حق ثابت للمشتري ولما كان ذلك يختلف باختلاف كثيراً كاختلاف المبيعات في صفاتها ووجب اذا اتفقا على الجهل به أن لا يجوز أصله اذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة في الثمن ولذلك حكى ابن القاسم في المدونة عن مالك أن آخر قوله كان انكار بيع البراءة الا ما خفف فيه للسلطان وفي قضاء الديون خاصة وذهب المغيرة من أصحاب مالك الى أن البراءة انما تجوز فيما كان من العيوب لا بتجاوز فيها ثلث المبيع والبراءة بالجملة انما تلزم عند القائلين بها بالشرط أعني اذا اشترطها الابع للسلطان والمواريث عند مالك أو بيع السلطان فقط فالكلام بالجملة في بيع البراءة هو في جواز وفي شرط جوازه وفيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ولمن يجوز بالشرط أو مطلقاً وهذه كلها قد تقدمت بالقوة في قولنا فاعلمه .

الجملة الثانية في وقت ضمان المبيعات ١٠ واختلفوا في الوقت الذي يضمن فيه المشتري المبيع أي تكون خسارته ان هلك منه فقال أبو حنيفة والشافعي لا يضمن المشتري الا بعد القبض وأما مالك فله في ذلك تفصيل وذلك ان المبيعات عنده في هذا الباب ثلاثة أقسام : بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن او كيل وعدد ، وبيع ليس فيه حق توفية وهو الجراف أو ما لا يوزن ولا يكال ولا يعد . فاما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشتري الا بعد القبض . وأما ما ليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف في المذهب ان ضمانه من المشتري وان لم يقبضه . وأما المبيع الغائب فمن مالك في ذلك ثلاث روايات أشهرها ان الضمان من البائع الا ان يشترطه على المبتاع ، والثانية انه من المبتاع الا أن يشترطه على البائع ، والثالثة الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء الى وقت الاقتضاء كالحيوان والمأكولات وبين ما هو مأمون البقاء والخلاف في هذه المسئلة مبني على هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد والعقد لا لازم دون القبض فمن قال القبض من شروط صحة العقد أولزومه أو كفيما شئت ان تعبر عن هذا المعنى كان الضمان عند من البائع حتى يقبضه المشتري ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع قد انعقد ولزم قال بالعقد يدخل في ضمان المشتري وتقرى مالك بين الغائب والحاضر والذي فيه حق توفية والذي ليس فيه حق توفية استحسن ومعنى الاستحسان في أكثر الاحوال هو الالتفات الى المصلحة والعدل وذهب اهل الظاهر الى أن

بالمقيد دخل في ضمان المشتري وفيما أحسب وعمدة من رأى ذلك اتفاهم على أن الخراج قبل القبض للمشتري وقد قال عليه الصلاة والسلام: الخراج بالضمان وعمدة الخالف حديث عتاب بن أسيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعته إلى مكة قال له انهم عن بيع ما لم يقبضوا وربح ما لم يضمّنوا وقد تكلمنا في شرط القبض في المبيع فيما سلف ولا خلاف بين المسلمين أنه من ضمان المشتري بعد القبض إلا في العهدة والجوائح واذ قد ذكرنا العهدة فينبغي أن نذكر ههنا الجوائح .

(القول في الجوائح)

اختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار فقال بالتضاعبها مالك وأصحابه ومنعها أبو حنيفة والثوري والشافعي في قوله الجديد والليث فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئاً على ماذا يأخذ أحدكم مال أخيه خرجه مسلم عن جابر وماروي عنه أنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح فعمدة من أجاز الجوائح حديثا جابر هذان وقياس الشبه أيضاً وذلك أنهم قالوا أنه مبيع بقي على البائع فيه حق توفية بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يكمل فوجب أن يكون ضمانه منه أصله سائر المبيعات التي بقي فيها حق توفية والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع أن هذا بيع وقع في الشرع والمبيع لم يكمل بعد فكانه مستثنى من النهي عن بيع ما لم يخلق فوجب أن يكون في ضمانه محالاً سائر المبيعات وأما عمدة من لم يقل بالتضاعبها فتنشبهه هذا البيع بسائر المبيعات وإن التخلية في هذا المبيع هو القبض وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري ومن طريق السماع أيضاً حديث أبي سعيد الخدري قال أجيح رجل في ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك قالوا فلم يحكم بالجائحة ففسب الخلاف في هذه المسئلة هو تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذي هو الأصل عنده بالتأويل فقال من منع الجائحة يشبه أن يكون الأمر بها إنما ورد قبل النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها قالوا ويشهد لذلك أنه لما كثر شكواهم بالجوائح أمروا أن لا يبيعوا الثمر إلا بعد أن يبدو صلاحه وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور وقال من أجازها في حديث أبي سعيد يمكن أن يكون البائع عديماً فلم يقض عليه بجائحة أو أن يكون المقدار الذي

أصيب من الثمر مقداراً لا يلزم فيه جائحة أو ان يكون أصيب في غير الوقت الذي تجب فيه الجائحة مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب . وأما الشافعي فروى حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر وكان يضعفه ويقول انه اضطرب في ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال ان ثبت الحديث وجب وضعها في القليل والكثير ولا خلاف بينهم في القضاء بالجائحة بالعطش وقد جعل القائلون بها اتفاقهم في هذا حجة على اثباتها والكلام في أصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر في أربعة فصول ، الأول في معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح ، الثاني في محل الجوائح من المبيعات ، الثالث في مقدار ما يوضع منه فيه ، الرابع في الوقت الذي توضع فيه .

(الفصل الأول)

وأما ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن فلا خلاف في المذهب انه جائحة وأما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع انه جائحة وأما ما أصاب من صنع الآدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة والذين رأوه جائحة انتموا قسمين فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالباً كالجيش ولم يره ما كان منه بمغافصة (١) جائحة مثل السرقة وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة باى وجه كان فن جعلها في الامور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام رأيت ان منع الله الثمرة ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالامور السماوية ومن استثنى اللص قال يمكن أن يتحفظ منه

﴿ الفصل الثاني ﴾

ومحل الجوائح هي الثمار والبقول فاما الثمار فلا خلاف فيها في المذهب . وأما البقول ففيها خلاف والاشهر فيها الجائحة وانما اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالاصل الذي هو الثمر .

(الفصل الثالث) *

وأما المقدار الذي تجب فيه الجائحة اما في الثمار فالثلث . واما في البقول فقليل في القليل والكثير وقيل في الثلث وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل واشبه يعتبر الثلث في القيمة فاذا ذهب من الثمر عند أشبه ما قيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن وسواء كان ثلثاً في

الكيل أولم يكن . وأما ابن القاسم فإنه اذا ذهب من الثمن الثلث من الكيل فإن كان نوعاً واحداً ليس تختلف قيمة بطونه حط عنه من الثمن الثلث وإن كان الثمر أنواعاً كثيرة مختلفة القيم أو كان بطوناً مختلفة القيم أيضاً اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع فما كان قدره حط بذلك القدر من الثمن ففي موضع يعتبر المكيلة فقط حيث تستوى القيمة في أجزاء الثمرة و بطونها وفي موضع يعتبر الأمرين جميعاً حيث تختلف القيمة والمالكية يحتجون في مصيرهم الى التقدير في وضع الجوائح وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقاً بان القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير إذ كان معلوماً أن القليل يذهب من كل ثمر فكان المشتري يدخل على هذا الشرط بالعادة وإن لم يدخل بالنطق وأيضاً فإن الجائحة التي علق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير فالواو اذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث اذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة وإن كان المذهب يضطرب في هذا الاصل فرة يجعل الثلث من حيث الكثير كجعله اياه هنا ومرة يجعله في حيز القليل ولم يضطرب في أنه الفرق بين القليل والكثير والمتدرات يعسر اثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء ولذلك قال الشافعي لو قلت بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص في الوصية في قوله عليه الصلاة والسلام: الثلث والثلث كثير .

(الفصل الرابع)

واما زمان القضاء بالجائحة فاتفق المذهب على وجوبها في الزمان الذي يحتاج فيه الى تبقية الثمر على رؤوس الشجر حتى يستوفى طيبه واختلقوا اذا أبقاه المشتري في الثمار ليبيعه على النضارة وشيتاً شيئاً قليل فيه الجائحة تشبها بالزمان المتفق عليه وقيل ليس فيه جائحة نقرتاً بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه وذلك ان هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة أعنى من رأى ان النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه ومن لم ير الا مرفههما واحداً قال ليس فيه جائحة ومن هنا اختلفوا في وجوب الجوائح في البقول .

الجملة الثالثة من جمل النظر في الاحكام ٢ وهو في تابعات المبيعات ومن مسائل هذا الباب المشهورة اثنتان الاولى بيع النخل وفيها الثمر متى يتبع بيع الاصل ومتى لا يتبعه فجهور

الفتهاء على أن من باع نخلا فيها ثم قبل أن يؤبر فان اثمر للمشتري وإذا كان البيع بعد الابار فالنمر
 للبائع إلا أن يشترطه المبتاع والثمار كلها في هذا المعنى في معنى النخل وهذا كله لثبوت حديث
 ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع إلا أن
 يشترطه المبتاع قالوا قلما حكم صلى الله عليه وسلم بالثمر للبائع بعد الابار علمنا بدليل الخطاب أنها
 للمشتري قبل الابار بلا شرط ^١ وقال أبو حنيفة وأصحابه هي للبائع قبل الابار وبعده ولم يجعل
 المفهوم ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الأخرى والاولى قالوا وذلك أنه إذا
 وجبت للبائع بعد الابار فهي أخرى أن تجب له قبل الابار وشبهوا خروج النمر بالولادة قالوا
 وكما أن من باع أمة لها ولد فولد لها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع كذلك الأمر في النمر وقال ابن
 أبي ليلى سواء أبر أو لم يؤبر إذا بيع الأصل فهو للمشتري اشتراطها أو لم يشترطها فرد الحديث
 بالقياس لأنه رأى أن النمر جزء من المبيع ولا معنى لهذا القول إلا أن كان لم يثبت عنده
 الحديث . وأما أبو حنيفة فلم يرد الحديث وإنما خالف مفهوم الدليل فيه * فإذا سبب الخلاف
 في هذه المسئلة بين أبي حنيفة والشافعي ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل الخطاب لدليل
 مفهوم الأخرى والاولى وهو الذي يسمى فحوى الخطاب لكنه ههنا ضعيف وإن كان في
 الأصل أقوى من دليل الخطاب . وأما سبب مخالفة ابن أبي ليلى لهم فمعارضة القياس للسمع
 وهو كما قلنا ضعيف والابار عند العلماء أن يجعل طلع ذكور النخل في طلع اناتها وفي
 سائر الشجر أن تنور وتعقد والتذكير في شجر التين التي تذكر في معنى الابار وابر
 الزرع مختلف فيه في المذهب فروى ابن القاسم عن مالك أن إبارة أن يفرك قياساً على سائر
 النمر وهل الموجب لهذا الحكم هو الابار أو وقت الابار قيل الوقت وقيل الابار وعلى هذا ينبغي
 الاختلاف إذا أبر بعض النخل ولم يؤبر البعض هل يتبع ما لم يؤبر ما أبر أو لا يتبعه وانفقوا
 فيما أحسبه على أنه إذا بيع نمر وقد دخل وقت الابار فلم يؤبر ان حكمه حكم المؤبر .

المسئلة الثانية ^٢ وهي اختلافهم في بيع مال العبد وذلك أنهم اختلفوا في مال العبد هل
 يتبعه في البيع والعق على ثلاثة أقوال، أحدهما أن ماله في البيع والعق لسيدته وكذلك
 في المكاتب وبه قال الشافعي والكوفيون، والثاني أن ماله تبع له في البيع والعق وهو قول
 داود وأبي ثور، والثالث أنه تبع له في العق لا في البيع إلا أن يشترطه المشتري وبه قال مالك
 والليث فحجة من رأى أن ماله في البيع لسيدته إلا أن يشترطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور
 عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبداً وله مال فإله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع

ومن جملة ما سأل في العتق فتيسر على البيع وحجة من رأى أنه يتبع للعبد في كل حال انبذت على كون العبد مالاً كاعتداهم وهي مسألة اختلف العلماء فيها اختلافاً كثيراً أعني هل يملك العبد أولاً يملك وبشبهه أن يكون حراً أو لا غالبوا القياس على السماع لأن حديث ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالم لأن نافعاً رواه عن ابن عمر عن عمرو سالم رواه عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فغلب القياس في العتق والسماع في البيع وقال مالك في الموطأ لا امرأ المجتمع عليه تبندنا أن المبتاع إذا اشترط مال العبد فهو له نقداً كان أو عرضاً أو ديناً وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من أعتق غلاماً مثله إلا أن يستثنيه سيده ويجوز عند مالك أن يشتري العبد وماله بدراهم وإن كان مال العبد دراهم أو فيه دراهم وخالفه أبو حنيفة والشافعي إذا كان مال العبد نقداً أو قالوا العبد وماله بمنزلة من باع شيئاً لا يجوز فيهما إلا ما يجوز في سائر البيوع واختلف أصحاب مالك في اشتراط المشتري لبعض مال العبد في صفقة البيع فقال ابن التميمي لا يجوز وقال أشهب جائز أن يشترط بعضه وفرق بعضهم فقال إن كان ما اشتري به العبد عينا وفي مال العبد عين لم يجوز ذلك لأنه يدخله دراهم عرض ودراهم وإن كان ما اشتري به عرضاً ولم يكن في مال العبد دراهم جاز ووجه قول ابن التميمي أنه لا يجوز أن يشترط بعضه تشبيهه ثمر النخل بعد الإبرار ووجه قول أشهب تشبيه الجزء بالكل وفي هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه ومن مشهور مسائلهم في هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان في الثمن الذي انعقد عليه البيع بعد البيع مما يرضى به المتبايعان أعني أن يزيد المشتري البائع بعد البيع على الثمن الذي انعقد عليه البيع أو يحيط منه البائع هل يتبع حكم الثمن أم لا وفائدة الفرق أن من قال هي من الثمن أوجب ردها في الاستحقاق وفي الرد بالعيب وما أشبه ذلك وأيضاً من جعلها في حكم الثمن الأول إن كانت فاسدة ففسد البيع ومن لم يجعلها من الثمن أعني الزيادة لم يوجب شيئاً من هذا فذهب أبو حنيفة إلى أنها من الثمن إلا أنه قال لا تثبت الزيادة في حق الشفيع ولا في بيع المراجعة بل الحكم للثمن الأول وبه قال مالك وقال الشافعي لا تلحق الزيادة والنقصان بالثمن أصلاً وهو في حكم الهبة واستدل من الحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل ولا جناح عليكم فيما تراضيتُم به من بعد الفريضة قالوا وإذا لحقت الزيادة في الصداق بالصداق لحقت في البيع بالثمن واحتج الفريق الثاني باتفاقهم على أنها لا تلحق في الشفعة وبالجملة من رأى أن العتق الأول قد تقرر قال الزيادة هبة ومن رأى أنها فسخ للعتق الأول وعقد ثانٍ عداه من الثمن .

في الجملة الرابعة . وإذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا في مقدار الثمن ولم تكن هنالك بيئة
 ففتهاء الامصار متفقون على انها يتحالفان ويتفاسخان بالجملة ومختلفون في التفصيل اعني
 في الوقت الذي يحكم فيه بالايمان والتفاسخ فقال أبو حنيفة وجماعة انهما يتحالفان
 ويتفاسخان ما لم تمت عين السلعة فان قامت فالقول قول المشتري مع يمينه وقال الشافعي ونحوه
 ابن الحسن صاحب أبي حنيفة وأشهب . صاحب مالك يتحالفان في كل وقت . وأما
 مالك فعنه وإبتان ، أحدهما انهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعد القبض
 القول قول المشتري ، والرأية الثانية مثل قول أبي حنيفة وهي رواية ابن القاسم ، والثانية
 رواية أشهب والقوت عنده يكون بتغير الاسواق وزيادة المبيع وتقصانه وقال داود وأبو ثور
 والقول قول المشتري على كل حال وكذلك قال زفر إلا أن يكونا مختلفا في جنس الثمن فحينئذ
 يكون التفاسخ عندهم والتحالف والتفاسخ وانما صار فتهاء الامصار الى القول على الجملة بالتحالف
 والتفاسخ عند الاختلاف في عدد الثمن لحديث ابن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
 قال : يا أيها الذين آمنوا فاعرفوا قول البائع أو يتراد أن من حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ
 وعمومه قال يتحالفان في كل حال ويتفاسخان والعلة في ذلك عنده ان كل واحد منهما مدع
 ومدعى عليه . وأما من رأى أن الحديث انما يجب ان يحمل على الحالة التي يجب ان يتساوى
 فيها دعوى البائع والمشتري قال اذا قبض السلعة أو فانت فتد صار القبض شاهداً للمشتري
 وشبهة لصدقه واليمين انما يجب على أقوى المتداعيين شبهة وهذا هو أصل مالك في الايمان
 ولذلك يوجب في مواضع اليمين على المدعى وفي مواضع على المدعى عليه وذلك انه لم يجب اليمين
 بالنص على المدعى عليه عنده من حيث هو مدعى عليه وانما وجبت عليه من حيث هو في
 الاكثر أقوى شبهة فاذا كان المدعى في مواطن أقوى شبهة وجب ان يكون اليمين في حيزه .
 وأما من رأى القول قول المشتري فانه رأى أن البائع مقر للمشتري بالشراء أو مدعى عليه
 عدداً ما في الثمن . وأما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لانه منتطع ولذلك لم
 يخرج به الشيخان البخاري ومسلم وانما أخرجه مالك وعن مالك اذا نكل المتبايعان عن
 الايمان وإبتان ، أحدهما القسح ، والثانية ان القول قول البائع وكذلك من يبدأ باليمين
 في المذهب فيه خلاف فالأشهر البائع على ما في الحديث وهل اذا وقع التفاسخ يجوز لأحدهما
 ان يختار قول صاحبه فيه خلاف في المذهب .

(القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع)

وهو النظر في حكم البيع الفاسد اذا وقع فتقول اتفق العلماء على ان البيوع الفاسدة اذا وقعت ولم تفت باحداث عقد فيها أو نعاء أو نقصان أو حواله التسوق ان حكمها الرد أعني ان يرد البائع الثمن والمشتري المثلون واختلفوا اذا قبضت وتصرف فيها بعثق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة وكذلك اذا نمت أو نقصت فقال الشافعي ليس ذلك كله فوتاً ولا شبهة ملك في البيع الفاسد وان الواجب الرد وقال مالك كل ذلك فوت يوجب القيمة إلا ما روى عنه ابن وهب في الربا انه ليس بفوت ومثل ذلك قال أبو حنيفة والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم الى محرمة والى مكر وهبة . فأما المحرمة فانها اذا فانت مضيت بالقيمة . وأما المكر وهبة فانها اذا فانت صحت عنده وور بمصاح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده في ذلك قال الشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخنزير فليس عندها فيه فوت ومالك يرى ان انتهى في هذه الامور انما هو لمكان عدم العدل فيها أعني بيع الربا والغرر فاذا فانت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة لانه قد تقبض السلعة وهي تساوى العا وترد وهي تساوى خمسمائة أو بالعكس ولذلك يرى مالك حواله الاسواق فوتاً في المبيع الفاسد ومالك يرى في البيع والسلف انه اذا فانت وكان البائع هو السلف رد المشتري القيمة ما لم تكن أز يد من الثمن لان المشتري قد رفع له في الثمن لمكان السلف فليس من العدل ان يرد أكثر من ذلك وان كان المشتري هو الذي أسلف البائع فقد حط البائع عنه من الثمن لمكان السلف فاذا وجبت على المشتري القيمة ردها ما لم تكن أقل من الثمن لان هذه البيوع انما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من العوض مقابل السلف الذي هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ومالك في هذه المسئلة افقه من الجميع واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض أعني شرط السلف هل يصح البيع أم لا فقال أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء البيع مفسوخ وقال مالك وأصحابه البيع غير مفسوخ إلا ابن عبد الحكم قال البيع مفسوخ وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور أن النهي يتضمن فساد المنهي فاذا انعقد البيع فاسد لم يصححه بعد رفع الشرط لذي من قبله وقع الفساد كما ان رفع السبب المفسد في المحسوسات بعد فساد الشيء ليس يقتضى عودة الشيء الى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود فاعلمه وروى أن محمد بن أحمد

ابن سهل البرمكي سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحق المالكي فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاماً بمائة دينار وزق خمر فلما انعقد البيع بينهما قال أنا أدع الزق وهذا المبيع منسوخ عند العلماء باجماع فوجب ان يكون بيع السلف كذلك فجواب عن ذلك بجواب لا تقوم به حجة وقد تقدم القول في ذلك واذا قد انقضى القول في أصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع الصحيحة وفي أصول أحكام البيوع الصحيحة وأصول أحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أو لكثير منها فلنصر الى ما يخص واحداً واحداً من هذه الاربعة الاجناس وذلك بان نذكر منها ما يجري مجرى الاصول .

—:o:—

(كتاب الصرف)

ولما كان يخص هذا البيع شرطان ، أحدهما عدم النسبته وهو الفور ، والآخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر في هذا الكتاب ينحصر في خمسة أجناس ، الاول في معرفة ما هو سيئة مما ليس بنسيئة ، الثاني في معرفة ما هو مماثل مما ليس بمماثل اذ هذان التسميان يتقيدان بفصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف ، الثالث فيما وقع أيضاً من هذا البيع بصورة مختلف فيها هل هو ذريعة الى أحد هذين أعني الزيادة والنسيئة أو كليهما عند من قال بالذرائع وهو مالك وأصحابه وهذا ينقسم أيضاً الى نوعين كاتقسام أصله ، الرابع في خصائص أحكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان أعني عدم اتساع والتفاضل أو كليهما وذلك انه يخالف هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه في أحكام كثيرة وأنت اذا تأملت الكتب الموضوعة في فروع الكتاب الذي رسمونه بكتاب الصرف وجدت كل ما راجعة الى هذه الاجناس الخمسة أو الى ما تركب منها ما عدا المسائل التي يدخلون في الكتاب الواحد بعينه مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل ادخال المالكية في كتاب الصرف مسائل كثيرة هي من باب الاقتضاء في السلف لكن لما كان الناسد منها يقول الى أحد هذين الاصلين أعني الى صرف بنسيئة أو بتفاضل أدخلوها في هذا الكتاب مثل مسائلهم في اقتضاء القائمة والجموعة والفرادى بعضها من بعض لكن لما كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التي هي منطوق بها في الشرع أو قرىب من المنطوق بها رأينا ان نذكر في هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجري مجرى الاصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب فان هذا الكتاب انما وضعنا ليلج به المجتهد في هذه الصناعة رتبة الاجتهاد اذا حصل ما يجب له

ان يحصل قبله من التدر الكافي له في علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه ويكتفى من ذلك ما هو مساو لجرم هذا الكتاب أو أقل وبهذه الرتبة يسمى قيمياً لا يحفظ مسائل الفقه ولو بلغت في العدد أقصى ما يمكن ان يحفظه انسان كما نجد متفقهة زماننا يظنون ان الافقه هو الذي حفظ مسائل أكثر ودو لا عرض لهم شيه ما يعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذي عنده خفاف كثيرة لا الذي يقدر على عملها وهو بين ان الذي عنده خفاف كثيرة سيانيه انسان يقدم لا يجد في خفافه ما يصلح لتقديمه فيلجأ الى صانع الخفاف ضرورة وهو الذي يصنع لكل قدم خفاً يوافقه فهذا هو مثال أكثر المتفقهة في هذا الوقت واذ قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع الى حيث كنا من ذكر المسائل التي وعدنا بها .

المسئلة الاولى : أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز الامثال بمثل بدأ بيد الاماروى عن ابن عباس ومن تبعه من المبكين فانهم أجازوا بيعه متفاضلاً ومنعوه نسيئة فقط وانما صار ابن عباس لذلك لما رواه عن اسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا ربا الا في النسيئة وهو حديث صحيح فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا الا في النسيئة . وأما الجمهور فصاروا الى ما رواه مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبعوا الذهب بالذهب الا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبعوا الفضة بالفضة الا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبعوا منها شيئاً غائباً بناجز وهو من أصح ما روى في هذا الباب وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضاً في هذا الباب فصار الجمهور الى هذه الاحاديث اذ كانت نصاً في ذلك . وأما حديث ابن عباس فانه ليس بنص في ذلك لانه روى فيه لفظان ، أحدهما أنه قال انما الربا في النسيئة وهذا ليس يفهم منه إجازة التفاضل الا من باب دليل الخطاب وهو ضعيف ولا سيما اذا عارضه النص . وأما اللفظ الآخر وهو لا ربا الا في النسيئة فهو أقوى من هذا اللفظ لان ظاهره يقتضى أن ما عدا النسيئة فليس بالربا لكن يحتمل ان يريد بقوله لا ربا الا في النسيئة من جهة أنه الواقع في الاكثر واذا كان هذا احتملاً والاول نص وجب تأويله على الجهة التي يصح الجمع بينهما وأجمع الجمهور على أن مسكوكه وتبره ومصوغه سواء في منع بيع بعضه ببعض متفاضلاً لعموم الاحاديث المتقدمة في ذلك الامعاضة فانه كان يحجز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة والاماروى عن مالك انه سئل عن الرجل يأتي دار الضرب بورقه فيعطيه أجره الضرب ويأخذ منهم دنائير ودراهم وزن ورقه أو دارهمه فقال

إذا كان ذلك لضرورة خروجه الرقعة ونحو ذلك فارجو أن لا يكون بدأس وبه قال ابن التمام
من أصحابه وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجمهور العلماء وأجاز مالك بدل
الدينار الناقص بالوازن أو الدينارين على اختلاف بين أصحابه في العدد الذي يجوز فيه ذلك من
الذي لا يجوز على جهة المعروف .

المسئلة الثانية : اختلف العلماء في السيف والمصحف المحلى بباع بالفضة وفيه حلية
فضة أو بالذهب وفيه حلية ذهب فقال الشافعي لا يجوز ذلك لجهل المماثلة المشترطة في بيع
الفضة بالفضة في ذلك والذهب بالذهب وقال مالك أن كان قيمة ما فيه من الذهب أو الفضة
الثلث فأقل جاز به أعني بالفضة أن كانت حليته فضة أو بالذهب أن كانت حليته ذهباً
والا لم يحز وكأنه رأى أنه إذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة في البيع وصارت كتماهية
وقال أبو حنيفة وأصحابه لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة إذا كانت الفضة أكثر من النضبة
التي في السيف وكذلك الأمر في بيع السيف المحلى بالذهب لأنهم رأوا أن الفضة التي فيه أو
الذهب بقا بل مثله من الذهب أو الفضة المشتراة به ويبقى الفضل قيمة السيف وحجة الشافعي
عموم الأحاديث والنص الوارد في ذلك من حديث فضالة بن عبد الله الأنصاري أنه قال أتى
رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخير بقلادة فيم اذهب وخرز وهي من المغاتم تباع فأمر
رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة ينزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى
الله عليه وسلم بالذهب بالذهب وزنا وزن خرجه مسلم . وأما معاوية كما قلنا فأجاز ذلك على
لا طلاق وقد أنكره عليه أبو سعيد وقال لا أسكن في أرض أنت فيها لما رواه من الحديث .

المسئلة الثالثة : اتفق العلماء على أن شرط الصرف أن يقع ناجز أو اختلفوا في الزمان
الذي يحد هذا المعنى فقال أبو حنيفة والشافعي الصرف يقع ناجزاً ما لم يفتقر المنتصرون أن يعجل
أو تأخر القبض وقال مالك أن تأخر القبض في المجلس بطل الصرف وإن لم يفترقا حتى يكره
المواعدة فيه * وسبب الخلاف تردد في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : لا هاء ولا
وذلك أن هذا يختلف بالقل والاكثرون رأى أن هذا اللفظ صالح لمن يفترق من المجلس
اعنى أنه يطلق عليه أنه باع هاء وهاء قال لا يجوز التأخير في المجلس ومن رأى أن اللفظ لا يبيح
الا إذا وقع القبض من المنتصرفين على الفور قال أن تأخر القبض عن العدة في المجلس بطل
الصرف ولا تفاقم على هذا المعنى لم يحز عندهم في الصرف حوالته ولا حمايته ولا خيار الا ما حكى
عن أبي ثور أنه أجاز فيه الخيار واختلف في المذهب في التأخير الذي يغلب عليه المنتصرون أن

أو أحدهما فقرة قيل فيه أنه مثل الذي يقع بالاختيار ومرة قيل أنه ليس كذلك في تفاصيل لهم في ذلك ليس قصداً ذكرها في هذا الكتاب .

المسئلة الرابعة :
 اختلف العلماء فيمن اضطرف دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائماً فأراد رده فقال مالك ينتقض الصرف وإن كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فافوقه إلى صرف دينار فإن زاد درهم على دينار انتقض منها دينار آخر وهكذا ما بينه وبين أن ينتهي إلى صرف دينار قال وإن رضى بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شيء وقال أبو حنيفة لا يبطل الصرف بالدرهم الزائف ويجوز تبديله إلا أن تكون الزئوف نصف الدراهم أو أكثر فإن ردها بطل الصرف في المردود وقال الثوري إذا رد الزئوف كان خيراً أن شاء أبدها أو يكون شريكاً له بقدر ذلك في الدنانير أعني لصاحب الدنانير وقال أحمد لا يبطل الصرف بالرد قليلاً كان أو كثيراً وابن وهب من أصحاب مالك يحجز البديل في الصرف وهو مبنى على أن الغلبة على النظر في الصرف ليس لها تأثير ولا سيما في البعض وهو أحسن وعن الشافعي في بطلان الصرف بالزئوف قولان فيتحصل لفقهاء المصنفين هذه المسئلة أربعة أقوال ، قول بإبطال الصرف مطلقاً عند الرد ، وقول بآثبات الصرف وجوب البديل ، وقول بالفرق بين القليل والكثير ، وقول بالتخير بين بدل الزائف أو يكون شريكاً له وسبب الخلاف في هذا كله دل الغلبة على التأخير في الصرف مؤثرة فيه أو غير مؤثرة وإن كانت مؤثرة فهل هي مؤثرة في القليل أو في الكثير . واما وجود النقض فإن المذهب اضطرب فيه فقرة قال فيه أنه إن رضى بالنقصان جاز الصرف وإن طلب البديل انتقض الصرف قياساً على الزئوف ومرة قال يبطل الصرف وإن رضى به وهو ضعيف واختلفوا أيضاً إذا قبض بعض الصرف وتأخر بعضه أعني هل يبطل الصرف المنتد على التناجز فقط فتبطل الصرف كله وبه قال الشافعي وقيل يبطل منه المتأخر فقط . وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف والقولان في المذهب ومبنى الخلاف في الصفقة الواحدة بخلافها حرام وحلال هل تبطل الصفقة كلها أو الحرام منها فقط .

المسئلة الخامسة :
 أجمع العلماء على أن المراطلة جائزة في الذهب بالذهب وفي القضية بالنقصة وإن اختلف العدد لا تفاق الوزن وذلك إذا كانت صفة الذهبين واحدة واختلفوا في المراطلة في موضعين ، أحدهما أن تختلف صفة الذهبين ، والثاني أن ينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الآخر أن يزيد بذلك عرضاً أو دراهم إن كانت المراطلة بذهب أو ذهباً إن كانت المراطلة بدراهم . فذهب مالك أماً في الموضع الأول وهو أن يختلف جنس

المراطل بهما في الجودة والرداءة انه متى راطل أحدهما بصنف من الذهب الواحد واخرج الآخر ذهبين أحدهما اجود من ذلك الصنف الواحد والاخر ارجأ فان ذلك عند لا يجوز وان كان الصنف الواحد من الذهبين اعنى الذى اخرجوه وحده أجود من الذهبين المختلفين الذين أخرجهما الاخر أو اردأ منهما ما أو مثل أحدهما وأجود من الثانى جازت المراطلة عنده وقال الشافعى اذا اختلف الذهبان فلا يجوز ذلك وقال أبو حنيفة وجميع الكوفيين والبصريين يجوز جميع ذلك وعمدة مذهب مالك فى منعه ذلك الاتهام وهو مصير الى القول بسد الذرائع وذلك انه يتهم ان يكون المراطل انما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلا فكانه أعطى جزء من الوسط بأكثر منه من الارداء أو بأقل منه من الاعلى فيتذرع من ذلك الى بيع الذهب بالذهب متفاضلا مثال ذلك ان انسانا قال لاخر خذ منى خمسة وعشرين مثقالا وسطاً بعشرين من الاعلى فقال لايجوز هذا لنا ولكن أعطيك عشرين من الاعلى وعشرة أدنى من ذهبك وتعطينى أمت ثلاثين من الوسط فتكون العشرة الأدنى يقابلها خمسة من ذهبك ويقابل العشرين من ذهبي الوسط العشرين من ذهبك الاعلى وعمدة الشافعى اعتبار التفاضل الموجود فى القيمة وعمدة أبى حنيفة اعتبار وجود الوزن من الذهبين ورد القول بسد الذرائع وكمثل اختلافهم فى المصارفة التى تكون بالمراطلة اختلفوا فى هذا الموضوع فى المصارفة التى تكون بالعدد اعنى اذا اختلفت جودة الذهبين أو الالذهب وأما اختلافهم اذا قصت المراطلة فأراد أحدهما ان يزيد شيئاً آخر مما فيه الربأ أو مما لا ربا فيه فترى من هذا الاختلاف مثل ان يراطل أحدهما صاحبه ذهب بذهب فينتص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الذى نقص ذهبه ان يعطى عوض الناقص دراهم أو عرضاً فقال مالك والشافعى والليث ان ذلك لايجوز والمراطلة فاسدة وأجاز ذلك كله أبو حنيفة والكوفيون وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل العرض وعمدة مالك التهمة فى ان يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا وعمدة الشافعى عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذى بالفضل ومثل هذا يختلفون اذا كانت المصارفة بالعدد .

المسئلة السادسة ﴿ واختلفوا فى الرجلين يكون لاحدهما على صاحبه دنابر ولا آخر عليه دراهم هل يجوز ان يتصارفاها وهى فى الذمة فقال مالك ذلك جائز اذا كانا قد حلا معا وقال أبو حنيفة يجوز فى الحال وفى غير الحال وقال الشافعى والليث لايجوز ذلك حلا أو لم يحلوا وحجة

من لم يحزه انه غائب بغائب واذا لم يحجز غائب بناجز كان أخرى أن لا يجوز غائب بغائب . وأما مالك فاقام حلول الاجلين في ذلك مقام الناجز بالناجز وانما اشترط ان يكونا حالين معاً لئلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين و يقول الشافعي قال ابن وهب وابن كنانة من أصحاب مالك و قريب من هذا اختلافهم في جواز الصرف على ما ليس عندهما اذا دفعه أحدهما الى صاحبه قبل الافتراق مثل ان يستقرضاه في المجلس فتتباضاه قبل الافتراق فجاز ذلك الشافعي وابو حنيفة وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخفه من الطرف الواحد أعني اذا كان احدهما هو المستقرض فقط . وقال زفر لا يجوز ذلك الا أن يكون من طرف واحد ومن هذا الباب اختلافهم في الرجل يكون له على الرجل دراهم الى أجل هل يأخذها اذا حل الاجل ذهباً أو بالعكس فذهب مالك الى جواز ذلك اذا كان القبض قبل الافتراق وبه قال ابو حنيفة الا انه أجاز ذلك وان لم يحل الاجل ولم يحجز ذلك جماعة من العلماء سواء كان الاجل حالاً أو لم يكن وهو قول ابن عباس وابن مسعود وحجة من أجاز ذلك حديث ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبيع أبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا بأس بذلك اذا كان بمر يومه خرجه ابوداود وحجة من لم يحجزه ما جاء في حديث ابى سعيد وغيره : ولا يبيعوا منها غائباً بناجز .

المسئلة السابعة : اختلف في البيع والصرف في مذهب مالك فقال انه لا يجوز الا ان يكون أحدهما الاكثر والاخر تبع لصاحبه وسواء كان الصرف في دينار واحد أو في دنانير وقيل ان كان الصرف في دينار واحد جاز كيفما وقع وان كان في أكثر اعتبر كون أحدهما تابعا للاخر في الجواز فان كانا معاً مضمودين لم يحجز وأجاز أشهب الصرف والبيع وهو أجود لانه ليس في ذلك ما يؤدى الى ربا ولا الى غرر .

﴿ كتاب السلم ﴾

وفي هذا الكتاب ثلاثة أبواب ، الباب الاول في محله ومشرطه ، الباب الثاني فيما يجوز ان يقتضى من المسلم اليه بدل ما اعتد عليه السلم وما يعرض في ذلك من الاقالة والتمجيل والتأخير ، الباب الثالث في اختلافهما في السلم .

﴿ الباب الاول ﴾ أما محله فانه أجمعوا على جوازه في كل ما يكل أو يوزن لما ثبت من

حديث ابن عباس المشهور قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسامون في اثني
السنين والثلاث قتال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من سلف فليسلف في ثمن معلوم
و وزن معلوم الى أجل معلوم واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في الذمة وهي الدور والمزار
وأما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلقوا فيها فنع ذلك داود وطائفة من أهل الظاهر
مصيراً الى ظاهر هذا الحديث والجمهور على أنه جائز في العروض التي تنضبط بالصفة والعدد
واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة فن ذلك الحيوان والرقيق فذهب مالك
والشافعي والاوزاعي والليث الى أن السلم فيهما جائز وهو قول ابن عمر من الصحابة وقال
أبو حنيفة والثوري وأهل العراق لا يجوز السلم في الحيوان وهو قول ابن مسعود وعن عمر في
ذلك قولان وعمدة أهل العراق في ذلك ما روى عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم :
نهى عن السلف في الحيوان وهذا الحديث ضعيف عند القريبي الأول وربما احتجوا أيضاً
بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وعمدة من أجاز السلم في الحيوان
ما روى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أمره أن يجهز جيشاً فنقدت الإبل
فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة فأخذ البعير بالبعيرين الى إبل الصدقة وحديث أبي
رافع أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكراً قالوا وهذا كله يدل على ثبوته في الذمة
فسبب اختلافهم شيان، أحدهما تعارض الآثار في هذا المعنى، والثاني تردد الحيوان بين
أن يضبط بالصفة أولاً لا يضبط فن نظر الى تباين الحيوان في الخلق والصفات وبخاصة صفات
النفس قال لا تنضبط ومن نظر الى تشابهها قال تنضبط ومنها اختلافهم في البيض والدر
وغير ذلك فلم يجز أبو حنيفة السلم في البيض وأجاز مالك بالعدد وكذلك في اللحم أجاز مالك
والشافعي ومنعه أبو حنيفة وكذلك السلم في الرأس والا كارع أجاز مالك ومنعه أبو حنيفة
واختلف في ذلك قول الشافعي وكذلك السلم في الدر والفصوص أجاز مالك ومنعه
الشافعي وقصدنا من هذه المسائل انما هو الاصول الضابطة للشرعية لا احصاء الفروع لان
ذلك غير منحصر .

﴿ وأما شرطه ﴾ فمنها جمع عليها ومنها مختلف فيها فاما الجمع عليها في ستة منها أن
يكون الثمن والتمون مما يجوز فيه النساء وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء وذلك إما اتفاق المنافع على
ما يراه مالك رحمه الله وإما اتفاق الجنس على ما يراه أبو حنيفة وأما اعتبار الطعم مع الجنس على
ما يراه الشافعي في علة النساء ومنها أن يكون مقدرأً أو بالكيل أو بالوزن أو العددان كان ما

شأنه أن يلحقه التقدير أو منضبط بالصيغة ان كان مما المقصود منه الصيغة ومنها أن يكون موجوداً عند حلول الاجل ومنها أن يكون الثمن غير مؤجل اجلاً بعيداً لئلا يكون من باب الكالى بالكالى هذا في الجملة واختلفوا في اشتراط اليومين والثلاثة في تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقاً فاجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة وكذلك أجاز تأخيره بلا شرط وذهب أبو حنيفة والشافعي الى أن من شرطه التقابض في المجلس كالصرف فيه ستة متفق عليها واختلفوا في أربعة أحدها الاجل هل هو شرط فيه أم لا، والثاني هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً في حال عقد السلم أم لا، والثالث اشتراط مكان دفع السلم فيه، والرابع أن يكون الثمن مقدراً أمامك لا وامام موزوناً وامام معدوداً وأن لا يكون جزافاً فالاجل فان أباحنيفة هو عنده شرط صحة بلا خلاف عنه في ذلك واما مالك فالظاهر من مذهبه والمشهور عنه أنه من شرط السلم وقد قيل أنه يتخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحال وأما اللخمي فانه فصل الامر في ذلك فقال ان السلم في المذهب يكون على صريين سلم حال وهو الذي يكون ممن شأنه بيع تلك السلعة، وسلم مؤجل وهو الذي يكون ممن ليس ممن شأنه بيع تلك السلعة وعمدة من اشتراط الاجل شيان ظاهر حديث ابن عباس والثاني انه اذا لم يشترط فيه الاجل كان من باب بيع ما ليس عند البائع المنهى عنه وعمدة الشافعي انه اذا جازع الاجل فهو حلالاً يجوز لانه أقل غرراً وربما استدلت الشافعية بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم: اشترى جملان من اعرابي بوسق تمر فلما دخل البيت لم يجد التمر فاستقرض النبي صلى الله عليه وسلم تمرأً وأعطاه اياه قالوا فهذا هو شراء حال بتمر في الذمة وللمالكية من طريق المعنى أن السلم انما يجوز لموضع الارتفاق ولان المسلف يرغب في تقديم الثمن لاسترخاض المسلم فيه والمسلم اليه يرغب فيه لموضع النسئة واذا لم يشترط الاجل زال هذا المعنى واختلفوا في الاجل في موضعين، أحدهما هل يقدر بغير الايام والشهور ومثل الجذاذ والقطاف والحصاد والموسم، والثاني في متدار من الايام وتحصيل مذهب مالك في مقداره من الايام أن المسلم فيه على ضربين ضرب يقتضى ببلد المسلم فيه، وضرب يقتضى بغير البلد الذي وقع فيه السلم فان اقتضاد في البلد المسلم فيه فقال ابن القاسم ان المعتبر في ذلك اجل يختلف فيه الاسواق وذلك خمسة عشر يوماً أو نحوها وروى ابن وهب عن مالك انه يجوز لليومين والثلاثة وقال ابن عبد الحكم لا بأس به الى اليوم الواحد واما ما يقتضى ببلد آخر فان الاجل عندهم فيه هو قطع المسافة التي

بين البلدين قلت أو كثرت وقال أبو حنيفة لا يكون أقل من ثلاثة أيام فمن جعل الاجل شرطاً غير معلل اشترط منه أقل ما ينطلق عليه الاسم ومن جعله شرطاً معللاً باختلاف الاسواق اشترط من الايام ما يختلف فيه الاسواق غالباً وأما الاجل الى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك فأجازته مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعي فمن رأى ان الاختلاف الذي يكون في أمثال هذه الاجال يسيراً أجاز ذلك إذ الفرار ليسير مغفوعته في الشرع وشبهه بالاختلاف الذي يكون في الشهور ومن قبل الزيادة والتقصان ومن رأى انه كثير وإنما أكثر من الاختلاف الذي يكون من قبل نقصان الشهور وكما له لم يحزه وأما اختلافهم في هل من شرط السلم ان يكون جنس المسلم فيه موجوداً في حين عقد السلم فان مالك والشافعي وأحمد واستحق وأبأنور لم يشترطوا ذلك وقالوا يجوز السلم في غير وقت إبانته وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزاعي لا يجوز السلم الا في إبان الشيء المسلم فيه فجأة من لم يشترط الابان ما ورد في حديث ابن عباس ان الناس كانوا يسلمون في التمر السنتين والثلاث فاق ذلك ولم ينهوا عنه وعمدة الحنفية ما روى من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا تسلموا في التخل حتى يبدو صلاحها وكانهم رأوا أن الفرر يكون فيه أكثر اذ لم يكن موجوداً في حال العقد وكانه يشبه بيع ما لم يخلق أكثر وان كان ذلك معينا وهذا في الذمة وهذا فارق السلم ببيع ما لم يخلق .
 وأما الشرط الثالث ۞ وهو مكان القبض فان أبا حنيفة اشترطه تشبيهاً بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الأكثر وقال القاضي أبو محمد الافضل اشترطه وقال ابن الموزان ليس يحتاج الى ذلك .

۞ وأما الشرط الرابع ۞ وهو أن يكون انتم مقدراً مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً أو مدرّجاً لا جزافاً فاشترط ذلك أبو حنيفة ولم يشترطه الشافعي ولا صاحباً أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد قالوا ليس يحفظ عن مالك في ذلك نص الا انه يجوز عنده بيع الجزاف الا فيما يعظم الفرر فيه على ما تقدم من مذهبه وينبغي أن تعلم ان التقدير في السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع وبالعدد فيما يمكن فيه العدد وان لم يمكن فيه أحده هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس ان كان أنواعاً مختلفة أو مع تركه ان كان نوعاً واحداً ولم يختلفوا ان السلم لا يكون الا في الذمة وأنه لا يكون الا في معين وأجاز مالك السلم في قرية معينة اذا كانت مأمونة وكانه رآها مثل الذمة .

﴿ الباب الثاني ﴾

وفي هذا الباب فروع كثيرة لكن نذكر منها المشهور

﴿ مسألة ﴾ اختلف العلماء فيمن أسلم في شيء من التمر فباحل الاجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه فقال الجهور اذا وقع ذلك كان المسلم بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصير الى العام القابل وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وابن القاسم وحجتهم أن العتد وقع على موصوف في الذمة فهو باق على أصله وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة وإنما هو شيء شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار وقال أشهب من أحب ما لك ينفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير وكانه رآه من باب الكالى بالكالى وقال سحنون ليس له أخذ الثمن وإنما له أن يصير الى القابل واضطر ب قول مالك في هذا والمعتد عليه في هذه المسئلة ما رواه أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم وهو الذي اختاره أبو بكر الطرطوشي والكالى بالكالى المنهى عنه أنما هو المتصود لا الذي يدخل اضطراراً .

﴿ مسألة ﴾ اختلف العلماء في بيع المسلم فيه اذا حان الاجل من المسلم اليه قبل قبضه فمن العلماء من لم يحجز ذلك أصلاً وهم القائلون بأن كل شيء لا يجوز بيعه قبل قبضه وبه قال أبو حنيفة وأحمد وإسحاق وتمسك أحمد وإسحاق في منع هذا بحديث عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أسلم في شيء فلا يصرفه في غيره . وأما مالك فانه منع شراء المسلم فيه قبل قبضه في موضعين ، أحدهما اذا كان المسلم فيه طعاماً وذلك بناء على مذهبه في أن الذي يشترط في بيعه القبض هو الطعام على ما جاء عليه النص في الحديث ، والثاني اذا لم يكن المسلم فيه طعاماً فأخذ عوضه المسلم لا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله مثل أن يكون المسلم فيه عرضاً والثمن عرضاً قاله في أخذ المسلم من المسلم اليه اذا حان الاجل شيئاً من جنس ذلك العرض الذي هو الثمن وذلك ان هذا يدخله اما سلف وزيادة ان كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم واما زمان وسلف ان كان مثله أو أقل وكذلك ان كان رأس مال السلم طعاماً لم يحجز أن يأخذه فيه طعاماً آخر أكثر منه لا من جنسه ولا من غير جنسه فان كان مثل طعامه في الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبد الوهاب جاز لانه يحمله على العروض وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلم فيه طعاماً من صفته وان كان أقل جودة لانه عنده من باب البدل في الدنانير والاحسان مثل ان يكون له عليه قمح فيأخذ بمكيلته

شعير او هذا كله من شرطه عند مالك أن لا يتأخر التقبض لانه يدخله الدين بالدين وان كان رأس مال السلم عينا وأخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز ما لم يكن أكثر منه ولم يهتمه على بيع العين بالعين نسيئة اذا كان مثله أو أقل وان أخذ دراهم في دين لم يهتمه على الصرف المتأخر وكذلك ان أخذ فيه دين من غير صنف الدين التي هي رأس مال السلم وأما بيع السلم من غير المسلم اليه فيجوز بكل شيء يجوز به التبايع ما لم يكن طعاما لانه يدخله بيع الطعام قبل قبضه وأما الاقالة فمن شرطها عند مالك أن لا يدخلها زيادة ولا نقصان فان دخلها زيادة أو نقصان كان بيعا من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع أعني انها تفسد عنده بما يفسد بيوع الاجال مثل أن يتذرع الى بيع وسلف او الى ضع وتعدل او الى بيع السلم بما لا يجوز بيعه مثال ذلك في دخول بيع وسلف به اذا حل الاجل فأقاله على أن اخذ البعض وأقال من البعض فانه لا يجوز عنده فانه يدخله التذرع الى بيع وسلف وذلك جائز عند الشافعي وأبي حنيفة لانهما لا يقولان بتحريم بيوع الذرائع .

(مسئلة) اختلف العلماء في التراء برأس مال السلم من المسلم اليه شيئا بعد الاقالة بما لا يجوز قبل الاقالة فمن العلماء من لم يحزه أصلا ورأى أن الاقالة ذريعة الى أن يجوز من ذلك ما لا يجوز وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه الا أن عند أبي حنيفة لا يجوز على الاطلاق اذ كان لا يجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض على الاطلاق ومالك يمنع ذلك في المواضع التي يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ومن العلماء من أجازه وبه قال الشافعي والثوري وحجتهم ان بالاقالة قد ملك رأس ماله فاذا ملكه جاز له أن يشتري به ما أحب والظن الردي بالمسلمين غير جائز قال وأما حديث أبي سعيد فانه إنما وقع النبي فيه قبل الاقائه .

(مسئلة) اختلفوا اذ اندم المبتاع في السلم فقال للبائع أقلني وأنتظر بالثمن الذي دفعت اليك فقال مالك وطائفة ذلك لا يجوز وقال قوم يجوز واعتل مالك في ذلك مخافة أن يكون المشتري لما حل له الطعام على البائع أخره عنه على أن يقيله فكان ذلك من باب بيع الطعام الى أجل قبل أن يستوفي وقوم اعتلوا منع ذلك لأنه من باب فسخ الدين بالدين والذين رأوه جائزاً رأوا انه من باب المعروف والاحسان الذي أمر الله تعالى به قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أقال مسلماً صفتته أقال الله عثرته يوم القيامة ومن أنظر معسراً أظله الله في ظله يوم لا ظل الا ظله .

ويتفاسخا . واما اختلافهم في جنس المسلم فيه فالحكم في ذلك التحالف والتفاسخ مثل أن يقول احدهما سلمت في عمر ويقول الآخر في قح وأما اختلافهم في الاجل فان كان في حلوله فالقول قول المسلم اليه وان كان في قدره فالقول ايضا قول المسلم اليه الا ان يأتي بما لا يشبهه مثل ان يدعي المسلم وقت ابان المسلم فيه ويدعي المسلم اليه غير ذلك الوقت فالقول قول المسلم . واما اختلافهم في موضع القبض فالمشهور ان من ادعى موضع عقد السلم فالقول قوله وان لم يدعه . واحدهما فالقول قول المسلم اليه وخالف سحنون في الوجه الاول فقال القول قول المسلم اليه وان ادعى القبض في موضع العقد وخالف ابو الفرج في الموضع الثاني فقال اذا لم يدع واحدهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا * واما اختلافهم في الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض وقد تقدم ذلك .

﴿ كتاب بيع الخيار ﴾ .

والنظر في اصول هذا الباب اما اولا فهل يجوز ام لا وان جاز فكم مدة الخيار وهل يشترط النقد فيه أم لا ومن ضمان المبيع في مدة الخيار وهل يورث الخيار أم لا ومن يصح خياره ممن لا يصح وما يكون من الافعال خياراً كالقول . أما جواز الخيار فعليه الجمهور الا الثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من أهل الظاهر وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار ثلاثة وماروى في حديث ابن عمر : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا الا بيع الخيار وعمدة من منعه انه غرر وأن الاصل هو اللزوم في البيع الا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو إجماع قالوا وحديث حبان امانه ليس بصحيح واما انه خاص لما شكى اليه صلى الله عليه وسلم انه يتخذه في البيوع قالوا واما حديث ابن عمر وقوله فيه الا بيع الخيار فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو ان يقول أحدهما لصاحبه اختره وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك ان ذلك ليس له قدر محدود في نفسه وانه انما يتقدر بتقدير الحاجة الى اختلاف المبيعات وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب والجمعة والخمسة الايام في اختيار الجارية والشهر ونحوه في اختيار الدار والجمل فلا يجوز عنده الا لجل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع وقال الشافعي وأبو حنيفة أجل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك وقال أحمد وابو يوسف ومحمد بن

الحسن يجوز الخيار لاي مدة اشترطت وبه قال داود واختلفوا في الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة فقال الثوري والحسن بن جنى وجماعة يجوز اشتراط الخيار مطلقاً او يكون له الخيار أبداً وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله وقال ابو حنيفة والشافعي لا يجوز بحال الخيار المطلق وفسد البيع واختلف ابو حنيفة والشافعي ان وقع الخيار في الثلاثة الايام زمن الخيار المطلق فقال ابو حنيفة ان وقع في الثلاثة الايام جاز وان مضت الثلاثة فسد البيع وقال الشافعي بل هو فاسد على كل حال فهذه هي أقاويل فقهاء الامصار في مدة الخيار وهي هل يجوز مطلقاً او مقيداً وان جاز مقيداً فكم ممتداده وان لم يجوز مطلقاً فهل من شرط ذلك أن لا يقع الخيار في الثلاث أم لا يجوز بحال وان وقع في الثلاث فاما أداتهم فان عمدة من لم يجوز الخيار هو ما قلناه . واما عمدة من لم يجوز الخيار الا لثلاث فهو ان الاصل هو أن لا يجوز الخيار فلا يجوز منه الا ما ورد فيه النص في حديث متقذ بن حبان أو حبان بن متقذ وذلك كسائر الرخص المستثناة من الاصول مثل استثناء العرايا من الزانية وغير ذلك قالوا وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث في حديث المصراة وهو قوله : من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام . واما حديث متقذ فاشبهه طريقة المتصلة مار واد ثم بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمنقذ وكان يخذع في البيع : اذا عتقت فل لا خلافة وانت بالخيار ثلاثاً . واما عمدة أصحاب مالك فهو ان المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع واذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمان امكان اختيار المبيع وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع فكان النص انما ورد عنهم تنبيها على هذا المعنى وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام وعند الطائفة الاولى من باب الخاص أريد به الخاص . واما اشتراط التند فانه لا يجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع وفيه ضعف . وأما من ضمان المبيع في مدة الخيار فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأصحابه والليث والاوزاعي مصيبة من البائع والمشتري أمين وسواء كان الخيار لهما أولاً حدهما وقد قيل في المذهب انه ان كان ذلك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه اياه وان كان ذلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية ان كان مما يغاب عليه فضمانه منه وان كان مما لا يغاب عليه فضمانه من البائع وقال ابو حنيفة ان كان شرط الخيار لكتبهما أو للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه وأما ان كان شرطه المشتري وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري وبقي معلنا حتى ينتضى الخيار وقد قيل عند ان على المشتري الثمن وهذا يدل على أنه

قد دخل عنده في ملك المشتري وللشافعي قولان أشهرهما أن الضمان من المشتري لا يتم ما
 كان الخيار فعمدة من رأى أن الضمان من البائع على كل حال أنه عقد غير لازم فلم ينتقل الملك
 عن البائع كالموالات بعثك ولم يقل المشتري قبلت وعمدة من رأى أنه من المشتري تشبيهه
 بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق وأما من جعل الضمان
 لمشتري الخيار إذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثاني فلا نه أن كان البائع هو المشتري فالخيار له
 انقضاء للمبيع على ملكه وإن كان المشتري هو المشتري له فقط قد صرفه البائع عن ملكه
 وأبانه فوجب أن يدخل في ملك المشتري ومن قال يخرج من ملك البائع ولا يدخل في ملك
 لمشتري وإذا كان المشتري هو الذي شرطه فقط قال قد خرج عن ملك البائع لأنه لم يشترط
 خيارا ولم يلزم أن يدخل في ملك المشتري لأنه شرط الخيار في رد الآخر له ولكن هذا القول
 يباع الحكم فانه لا بد أن تكون مصيبته من أحدهما والخلاف آيل إلى هل الخيار لمشتري
 لا يقع الفسخ في البيع أولتقيم البيع فإذا قلنا بفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع وإن
 اقلنا في تكمه فهو في ضمانه .

(وأما المسئلة الخامسة) وهي هل يورث خيار المبيع أم لا فإن مالك والشافعي وأصحابهما
 قالوا يورث وأنه إذا مات صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثل ما كان له وقال أبو حنيفة
 وأصحابه يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتم البيع وهكذا عنده خيار الشفعة وخيار قبول
 الوصية وخيار الاقالة وسلم لهم أبو حنيفة خيار الرهن بالغيب أعني أنه قال يورث وكذلك خيار
 استحقاق الغنمة قبل القسم وخيار القصاص وخيار الرهن وسلم لهم مالك خيار رد الاب
 ما وهبه لابنه أعني أنه لم ير لورثة الميت من الخيار في رد ما وهبه لابنه ما جعل له الشرع من ذلك
 أعني للاب وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان ومعنى خيار الطلاق أن يقول الرجل
 لرجل آخر طلق امرأتى متى شئت فموت الرجل المجعول له الخيار فإن ورثته لا يتنزلون
 منزله عند مالك وسلم الشافعي ما سلمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات وسلم زائد خيار
 الاقالة والقبول فقال لا يورثان وعمدة المالكية والشافعية أن الأصل هو أن تورث الحقوق
 والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال وعمدة الحنفية أن الأصل هو أن
 يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليل له من إلحاق الحقوق بالأموال فوضع الخلاف هل
 الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا وكل واحد من الفريقين يشبهه من هذا ما لم يسلمه
 له خصمه منها بما يسلمه منه له ويحتاج على خصمه فالمالكية والشافعية تحتاج على أبي حنيفة

بتسليمه وزاثة خيار الرد بالعيب و يشبهه سائر الخيارات التي يورثها به والحنفية تحسب أيضاً على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك وكل واحد منهم يروم ان يعطى فارقاً فيما يختلف فيه قوله ومشابهاً فيما ينفق فيه قوله ويروم في قول خصمه بالصدأ عني ان يعطى فارقاً فيما يضعه الخصم متفقاً ويعطى اتفاقاً فيما يضعه الخصم متبائناً مثل ما تقول المالكية انما قلنا ان خيار الالب في رد هبته لا يورث لان ذلك خيار راجع الى صفة في الالب لا توجد في غيره وهي الابوة فوجب أن لا تورث لا الى صفة في العقد وهذا هو سبب اختلافهم في خيار خيار أعني انه من انقذ حله في شيء منها انه صفة للعقد ورثه ومن انقذ حله انه صفة خاصة بذى الخيار لم يرثه .

﴿ وأما المسئلة السادسة ﴾ وهي من يصح خياره فانهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين واختلفوا في اشتراط خيار الاجنبي فقال مالك يجوز ذلك والبيع صحيح وقال الشافعي في أحد قوليه لا يجوز الا ان يوكله الذي جعل له الخيار ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد وهو قول أحمد وللشافعي قول آخر مثل قول مالك وبقول مالك قال ابو حنيفة وانفق المذهب على ان الخيار للاجنبي اذا جعل له المتبايعان وان قوله لا لازم لهما واختلف المذهب اذا جعله أحدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار أو المشتري ومن جعل له المشتري الخيار فقبل القول في الامضاء والرد قول الاجنبي سواء اشترط خياره البائع أو المشتري وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة وقيل بالفرق بين البائع والمشتري أي ان القول في الامضاء والرد قول البائع دون الاجنبي وقول الاجنبي دون المشتري ان كان المشتري هو مشترط الخيار وقيل القول قول من أراد منهم ما الامضاء وان أراد البائع الامضاء وأراد الاجنبي الذي اشترط البائع خياره الرد ووافقه المشتري فالقول قول البائع في الامضاء وان أراد البائع الرد وأراد الاجنبي الامضاء ووافقه المشتري فالقول قول المشتري وكذلك ان اشترط الخيار للاجنبي المشتري فالقول فيه ما قول من اراد الامضاء وكذلك الحال في المشتري وقيل بالفرق في هذا بين البائع والمشتري أي ان اشترطه البائع فالقول قول من اراد الامضاء منهم ما وان اشترطه المشتري فالقول قول الاجنبي وهو ظاهر ما في المدونة وهذا كله ضعيف واختلفوا فيمن اشترط من الخيار ما لا يجوز مثل ان يشترط أجلاً مجهولاً وخياراً فوق الثلاث عند من لا يجوز الخيار فوق الثلاث أو خيار رجل بعيد الموضع بعينه أعني أجنبياً فقال مالك والشافعي لا يصح البيع وان أسقط الشرط الفاسد وقال ابو حنيفة يصح البيع مع اسقاط الشرط الفاسد فأصل الخلاف هل الفساد الواقع في البيع من قبل الشرط يتعدى الى

المتدأ لا يتعدى وانما هو في الشرط فقط فمن قال يتعدى أ بطل البيع وان أسقطه ومن قال لا يتعدى قال البيع يصح اذا اسقط الشرط التاسدا لا يبيق العقد صحيحاً .

﴿ كتاب بيع المراجعة ﴾

أجمع جمهور العلماء على ان البيع صنفان مساومة ومراجعة وان المراجعة هي ان يذ كر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة ويشترط عليه رجاً ما للدينار أو الدرهم واختلعه ومن ذلك بالجملة في موضعين ، أحدهما فيما للبائع أن يعد من رأس مال السلعة مما افق على السلعة بعد الشراء مما ليس له ان يعده من رأس المال ، والموضع الثاني اذا كذب البائع للمشتري فأخبرانه اشتراهاً ب أكثر مما اشترى السلعة به أو وهم فأخبر بأقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له انه اشتراها بأ أكثر في هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الامصار بابان ، الباب الاول فيما يعد من رأس المال مما لا يعد وفي صفة رأس المال الذي يجوز ان يبني عليه الربح ، الثاني في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خبر البائع بالثمن .

الباب الاول ﴿ . فاما ما يعد في الثمن مما لا يعد فان تحصيل مذهب مالك في ذلك ان ما ينوب البائع على السلعة زائد على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام قسم يعد في أصل الثمن ويكون له حظ من الربح وقسم يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح وقسم لا يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح . فاما الذي يحسبه في رأس المال ويجعل له حظاً من الربح فهو ما كان مؤثراً في عين السلعة مثل الخياطة والصبغ . وأما الذي يحسبه في رأس المال ولا يجعل له حظاً من الربح فلا يؤثر في عين السلعة مما لا يمكن البائع ان يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد الى بلد وكراء البيوت التي توضع فيها . واما ما لا يحتسب فيه في الامر بين جميعاً فما ليس له تأثير في عين السلعة مما يمكن ان يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسبرة والطى والشد وقال ابو حنيفة بل يجعل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها وقال ابو ثور لا تجوز المراجعة الا بالثمن الذي اشترى به السلعة فقط الا ان يفصل و يفسخ عنده ان وقع قال لانه كذب لانه يقول له ثمن سلعتي كذا وكذا وليس الامر كذلك وهو عند من باب الغش . واما صفة رأس الثمن الذي يجوز ان يجبر به فان مالكا والليث قالوا فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشتراها صرف معلوم ثم باعها بدراهم والصرف قد تغير الى زيادة انه ليس له ان يعلم يوم باعها بالدنانير التي اشتراها لانه من

باب الكذب والخيانة وكذلك ان اشتراها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصنف واختلف
 اصحاب مالك من هذا الباب فبين ابتاع سلعة بعروض هل يجوز له ان يبيعها مراحجة أم لا
 يجوز فذا قلنا بالجواز فهل يجوز ببقية العرض أو بالعرض نفسه فقال ابن القاسم يجوز له بيعها
 على ما اشتراها به من العروض ولا يجوز على القيمة وقال الشهاب لا يجوز لمن اشترى سلعة بشيء
 من العروض ان يبيعها مراحجة لانه يطالبه بعرض على صفة عرضه وفي الغالب ليس
 يكون عنده فهو من باب بيع ما ليس عنده واختلف مالك وابو حنيفة فيمن اشترى سلعة
 بدنانير فأخذ في الدنانير عرضاً أو دراهم حل يجوز له بيعها مراحجة دون ان يعلم بما نقد أم لا يجوز
 فقال مالك لا يجوز الا ان يعلم ما نقد وقال ابو حنيفة يجوز ان يبيعها منه مراحجة على الدنانير التي
 ابتاع بها السلعة دون العروض التي اعطى فيها او الدراهم وقال مالك أيضاً فيمن اشترى سلعة
 باجل فباعها مراحجة انه لا يجوز حتى يعلم بالاجل وقال الشافعي ان وقع كان للمشتري مثل اجله
 وقال ابو ثور هو كالعييب وله الرد به وفي هذا الباب في المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه .
 (الباب الثاني) واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مراحجة على ثمن ذكره ثم ظهر بعد ذلك . إما
 باقراره . وإما بينة ان الثمن كان اقل والسلعة قائمة فقال مالك وجماعة المشتري بالخيار . اما ان
 بأخذ بالثمن الذي صح او يترك اذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذي صح وان ألزمه لزمه وقال
 أبو حنيفة وزفر بل المشتري بالخيار على الاطلاق ولا يلزمه الاخذ بالثمن الذي ان الزمه البائع
 لزمه وقال الثوري وابن أبي ليلى وأحمد وجماعة بل يبقى البيع لازماً لهما بعد حط الزيادة وعن
 الشافعي القولان القول بالخيار مطلقاً والقول باللزوم بعد الحط فحجة من أوجب البيع بعد الحط
 ان المشتري انما ارجحه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك فلما ظهر خلاف ما قال وجب ان
 يرجع الى الذي ظهر كما لو أخذه وكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل انه يلزمه توفية ذلك الكيل
 وحجة من رأى ان الخيار مطلقاً تشبيه الكذب في هذه المسئلة بالعييب أعني انه كما يوجب
 العيب الخيار كذلك يوجب الكذب . واما اذا فأت السلعة فقال الشافعي يحط مقدار ما زاد
 من الثمن وما وجب له من الربح وقال مالك ان كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف
 عنه في ذلك مثل ما وزن المبتاع أو أقل فلا يرجع عليه المشتري بشيء وان كانت القيمة أقل خير
 البائع بين رده للمشتري القيمة أو رده الثمن أو امضائه السلعة بالثمن الذي صح . واما اذا باع
 الرجل سلعته مراحجة ثم أقام البينة ان ثمنها أكثر مما ذكره وانه وهم في ذلك وهي قائمة فقال
 الشافعي لا يسمع من تلك البينة لانه كذبها وقال مالك يسمع منها ويحجر المبتاع على ذلك الثمن

وهذا بعيد لانه يبيع آخر وقال مالك في هذه المسئلة ذافات السلعة ان المبتاع مخير بين ان يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أو ان يأخذها بالثمن الذي صح فذهي مشهورات مسائلهم في هذا الباب ومعرفة أحكام هذا البيع تنبئ في مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاث مسائل وما تركب منها حكم مسئلة الكذب وحكم مسئلة الغش وحكم مسئلة وجود العيب . فاما حكم الكذب فقد تقدم . واما حكم الرد بالعيب فهو حكمه في البيع المطابق . واما حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقاً وليس للبائع ان يلزمه البيع وان حط عنه مقدار الغش كما له ذلك في مسئلة الكذب هذا عند ابن القاسم . وأما عند اشهب فان الغش عنده ينقسم قسمين قسم مؤثر في الثمن وقسم غير مؤثر . فاما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه . وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب وأما التي تتركب فهي أربع مسائل كذب وغش وكذب وتدليس وغش وتدليس بعيب وكذب وغش وتدليس بعيب وأصل مذهب ابن القاسم فيها انه يأخذ بالذي بقي حكمه ان كان فات بحكم احدهما او بالذي هو ارجح لانه لم يفت حكم أحدهما . اما على التخيير حيث يمكن التخيير او الجمع حيث يمكن الجمع وتفصيل هذا لا نثق بكتب القرو ع أعنى مذهب ابن القاسم وغيره .

﴿ كتاب بيع العرية ﴾

اختلف الفقهاء في معنى العرية والرخصة التي أتت فيها في السنة فحكى القاضي ابو محمد عبد الوهاب المالكي أن العرية في مذهب مالك هي ان يهب الرجل ثمرة نخلة او نخلات من حائطه لرجل بعينه فيجوز للمعري شراؤها من المعري له بنجر صها ثمرا على شروط أربعة ، احدها ان ترهى والثاني ان تكون خمسة اوسق فادون فان زادت فلا يجوز ، والثالث ان يعطيه التمر الذي يشتريها به عند الجذاذ فان اعطاه نقد المبحز ، والرابع ان يكون التمر من صنف تمر العرية ونوعها فعلى مذهب مالك الرخصة في العرية انما هي في حق المعري فقط والرخصة فيها انما هي استثناءها من المزابنة وهي بيع الرطب بالتمر الجاف الذي ورد النهي عنه ومن صنفى الربا أيضاً أعنى التفاضل والنساء وذلك انه يبيع تمر معلوم الكيل بتمر معلوم بالتخمين وهو الخرص فيدخله بيع الجنس الواحد متفاضلاً وهو أيضاً تمر بتمر الى اجل فهذا هو مذهب مالك فيما هي العرية وما هي الرخصة فيها ولن الرخصة فيها . واما الشافعي فعنى الرخصة الواردة عنده

ففيها ليست للمعري خاصة وانما هي لكل أحد من الناس أراد ان يشتري هذا القدر من التمر أعني الخمسة أو سق أو مادون ذلك بتمر مثلها وروى أن الرخصة فيها انما هي معلقة بهذا القدر من التمر لضرورة الناس ان يأكلوا رطباً وذلك لمن ليس عنده رطب ولا تمر يشتري به الرطب والشافعي يشترط في اعطاء التمر الذي تباع به العريفة ان يكون نقداً ويقول ان تفرق قبل القبض ففسد البيع والعريفة جائزة عند مالك في كل ما يبيع ويدخر وهي عند الشافعي في التمر والعنب فقط ولا خلاف في جوازها فيما دون الخمسة الا وسق عند مالك والشافعي وعنه ما الخلاف اذا كانت خمسة أو سق فروى الجواز عنهما والمنع والاشهر عند مالك الجواز فالشافعي يخالف ما لا يكفي العريفة في اربعة مواضع ، أحدها في سبب الرخصة كما قلنا ، والثاني أن العريفة التي رخص فيها ليست هبة وانما سميت هبة على التجوز ، والثالث في اشتراط النقد عند البيع ، والرابع في محلها فهي عنده كما قلنا في التمر والعنب فقط وعند مالك في كل ما يدخر ويبيع وأما أحمد بن حنبل فيوافق مالك في أن العريفة عنده هي الهبة ويخالفه في أن الرخصة انما هي عنده في الموهوب له أعني المعري له لا المعري وذلك انه يرى ان له ان يبيعها ممن شاء بهذه الصفة لا من المعري خاصة كما ذهب اليه مالك وأما ابو حنيفة فيوافق مالك في ان العريفة هي الهبة ويخالفه في صفة الرخصة وذلك أن الرخصة عنده فيها ليست هي من باب استثنائها من المزابنة ولا هي في الجملة في البيع وانما الرخصة عنده فيها من باب رجوع الواهب في هبته اذا كان الموهوب له لم يقبضها او ليست عنده ببيع وانما هي رجوع في الهبة على صفة مخصوصة وهو ان يعطى بدلها تمر أنجرصها وعمدة مذهب مالك في العريفة انها بالصفة التي ذكرستها المشهورة عندهم بالمدينة قالوا أصل هذا ان الرجل كان يهب النخلات من حائطه فيشق عليه دخول الموهوب له عليه فأبيح له أن يشتريها بأنجرصها تمرأ عند الجذاذ ومن الحجج له في أن الرخصة انما هي للمعري حديث سهل بن أبي حنيفة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع التمر بالرطب الا انه رخص في العريفة أن تباع بأنجرصها يأكلها رطباً قالوا فقله يأكلها رطباً دليل على ان ذلك خاص بعمرها لانهم في ظاهر هذا القول أهلها ويمكن أن يقال ان أهلها هم الذين اشتروها كانوا ممن كان لكن قوله رطباً هو تعليل لا يناسب المعري وعلى مذهب الشافعي هو مناسب وهم الذين ليس عندهم رطب ولا تمر يشتريونها به ولذلك كانت الحجة للشافعي واما ان العريفة عنده هي الهبة فالدليل على ذلك من اللغة فان أهل اللغة قالوا العريفة هي الهبة واختلف في تسميتها بذلك فتميل لانهما عريت من الثمن وقيل انها مأخوذة من عروت الرجل

أعروه إذا سأله ومنه قوله تعالى « وأطعموا القانع والمعتر » وإنما اشترط مالك نقد الثمن عند الجذاذ أعنى تأخيرها إلى ذلك الوقت لأنه تمرور الشرع بخبره فكان من سنته أن يتأجل إلى الجذاذ أصله الزكاة وفيه ضعف لأنه مصادمة بالقياس لأصل السنة وعنده أنه إذا تطوع بعد تمام العقد بتعجيل التمر جاز . وأما اشتراطه جوازها في الخمسة إلا وسق أو فيما دونها فلما رواه عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أرخص في بيع العرايا بخبرها في أدون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق وإنما كان عن مالك في الخمس إلا وسق روايتان الشك الواقع في هذا الحديث من الراوى وأما اشتراطه أن يكون من ذلك الصنف بعينه إذا بيس فلما روى عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : رخص لصاحب العربية أن يبيعها بخبرها تمر آخرجه مسلم . وأما الشافعى فعمدته حديث رافع بن خديج وسهل بن أبي حمزة عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه نهى عن المزانية التمر بالتمر إلا أصحاب العرايا فإنه أذن لهم فيه وقوله فيها يأكلها أهلها رطباً والعربية عندهم هي اسم لما دون الخمسة إلا وسق من التمر وذلك أنه لما كان العرف عندهم أن يهب الرجل في الغالب من نخلاته هذا القدر فما دونه رخص هذا القدر الذي جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقتها في القدر للهبة وقد احتج لمذهبه بمارواه باسناد منقطع عن محمود بن لبيد أنه قال لرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : إنا زيد بن ثابت وإنا غيره ما عراياكم هذه قال فسمى رجالاً محتاجين من الأبرار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب أتى وليس بأيديهم نقد يبتاعون به الرطب فيأكلونه مع الناس وعندهم فضل من قوتهم من التمر فخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخبرها من التمر الذي بأيديهم يأكلونها رطباً وإنما لم يحجز تأخير نقد التمر لأنه بيع الطعام بالطعام نسيئة وأما أحمد فحجته ظاهر الأحاديث المتقدمة أنه رخص في العرايا ولم يخص المعرى من غيره وأما أبو حنيفة فلما لم يحجز عنده المزانية وكانت ان جعلت بيعاً نوعاً من المزانية رأى أن انصرفها إلى المعرى ليس هو من باب البيع وإنما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب باعطاء خبرها تمرأ وتسميته إياها بيعاً عند حجاز وقد التفت إلى هذا المعنى مالك في بعض الروايات عنه فلم يحجز بيعها بالدراهم ولا بشئ من الأشياء سوى الخرص وإن كان المشهور عنه جواز ذلك وقد قيل أن قول أبي حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث وذلك أنه خالف الأحاديث في مواضع . منها أنه لم يسمها بيعاً وقد نص الشارع على تسميتها بيعاً . ومنها أنه جاء في الحديث أنه نهى عن المزانية ورخص في العرايا وعلى مذهبه

لانكون العربية استثناء من المزابنة لان المزابنة هي في البيع والعجب منه انه سهل عليه أن يستثنى من النبي عن الرجوع في الهبة التي لم يقع فيها استثناء بنص الشرع وعسر عليه أن يستثنى مما استثنى منه الشارع وهي المزابنة والله اعلم .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم وتسليما

﴿ كتاب الاجارات ﴾

والنظر في هذا الكتاب شبيه بالنظر في البيوع أعني ان أصوله تنحصر بالنظر في أنواعها وفي شروط الصحة فيها والفساد وفي أحكامها وذلك في نوع نوع منها أعني فيما يخص نوعا نوعا منها وفيما يعم أكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم أولا الى قسمين ، القسم الاول في أنواعها وشروط الصحة والفساد ، والثاني في معرفة أحكام الاجارات وهذا كله بعد قيام الدليل على جوازها فلنذكر أولا ما في ذلك من الخلاف ثم نصير الى ذكر ما في ذنبك القسمين من المسائل المشهورة اذ كان قصودنا انما هو ذكر المسائل التي تجرى من هذه الاشياء مجرى الامهات وهي التي اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الامصار (فنقول) ان الاجارة جائزة عند جميع فقهاء الامصار والصدرا الاول . وحكى عن الاصم وابن علية منعها ودليل الجمهور قوله تعالى « إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين » الآية وقوله « فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن » ومن السنة الثابتة ما خرجه البخاري عن عائشة قالت استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بني الديل هادي خريتا وهو على دين كفار قر يش فدفعنا اليه راحلتهم ما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحتيهما وحديث جابر أنه باع من النبي صلى الله عليه وسلم بعير أو شرط ظهره الى المدينة وما جاز استيفاءه بالشرط جاز استيفاءه بالاجر وشبهة من منع ذلك أن المعاوضات انما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال في الاعيان المحسوسة والمنافع في الاجارات في وقت العقد معدومة فكان ذلك غررا ومن بيع ما لم يخلق ونحن نقول انها وان كانت معدومة في حال العقد فهي مستوفاة في الغالب والشرع انما لحظ من هذه المنافع ما يستوفي في الغالب أو يكون استيفاءه وعدم استيفائه على السواء .

﴿ القسم الأول ﴾

وهذا القسم النظرفيه في جنس الثمن و جنس المنفعة التي يكون الثمن مقابله وصفتها . فأما الثمن فينبغي أن يكون مما يجوز بيعه وقد تقدم ذلك في باب البيوع . وأما المنفعة فينبغي أن تكون من جنس ما لم ينه الشرع عنه وفي كل هذه مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها فما اجتمعوا على ابطال اجارته كل منفعة كانت لشيء محرم العين وكذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع مثل أجر النوائح وأجر المغنيات وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الإنسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها واتفقوا على اجارة الدور والدواب والناس على الافعال المباحة وكذلك الثياب والبسط واختلفوا في اجارة الارضين وفي اجارة المياه وفي اجارة المؤذن وفي الاجارة على تعليم القرآن وفي اجارة نزول الفحول . فأما كراء الارضين فاختلفوا فيها اختلافا كثيرا فقوم لم يجزوا ذلك بتهوهم الاقل وبه قال طاوس وأبو بكر بن عبد الرحمن وقال الجمهور بجواز ذلك واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها فقال قوم لا يجوز كراؤها الا بالدراهم والدنانير فقط وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب وقال قوم يجوز كراء الارض بكل شيء ما عدى الطعام وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أو لم يكن وما عدا ما يثبت فيها كان طعاما أو غيره والى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه وقال آخرون يجوز كراء الارض بما عدا انطعام فقط وقال آخرون يجوز كراء الارض بكل العروض والطعام وغير ذلك ما لم يكن بجزء مما يخرج منها من الطعام ومن قال بهذا القول سلم بن عبد الله وغيره من المتقدمين وهو قول الشافعي وظاهر قول مالك في الموطأ وقال قوم يجوز كراؤها بكل شيء وبجزء مما يخرج منها وبه قال احمد والثوري والليث وأبو يوسف ومحمد صاحب أبي حنيفة وابن أبي ليلى والاوزاعي وجماعة وعمدة من لم يجز كراءها بحال ما رواه مالك بسنده عن رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع قالوا وهذا عام وهؤلاء علم يلفتوا الى ما روى مالك من تخصيص الراوى له حين روى عنه قال حنظلة فساءت رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورق فقال لا بأس به وروى هذا عن رافع وابن عمر وأخذ به ومعه وكان ابن عمر قبل يكرى أرضه فترك ذلك وهذا بناء على رأى من يرى أنه لا يخصص العموم بقول الراوى وروى عن رافع بن خديج عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اجارة الارضين قال أبو عمر بن عبد البر واحتجوا أيضا بحديث ضمرة عن ابن شاذب عن مطرف عن عطاء

عن جابر قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من كانت له أرض فليرعها أو
 يزرعها ولا يؤاجرها فلهذه هي جملة الأحاديث التي تمسك بها من لم يحزر كراء الأرض وقالوا
 يضامن جهة المعنى انه لم يحزر كراؤها لما في ذلك من الضرر لانه يمكن أن يصيب الزرع جائحة
 من نار أو قحط أو غرق فيكون قد لزمه كراؤها من غير أن ينتفع من ذلك بشئ * قال القاضي
 ويشبه أن يقال في هذا ان المعنى في ذلك قصد الرفق بالناس لكثرة وجود الأرض كما نهى
 عن بيع الماء وجه الشبه بينهما اما اصلا للخلقة . وأما عمدة من لم يحزر كراءها الا بالدرهم
 والدنا نير حديث طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبي صلى
 الله عليه وسلم أنه قال انما يزرع ثلاثة رجل له أرض فزرعها ورجل منح أرضا فهو يزرع
 ما منح ورجل اكترى بذهب أو فضة قالوا فلا يجوز أن يتعدى ما في هذا الحديث
 والأحاديث الاخر مطلقة وهذا مقيد ومن الواجب حمل المطلق على المقيد وعمدة من اجاز
 كراءها بكل شئ ما عدا الطعام وسواء كان الطعام مدخرأ أو لم يكن حديث يعلى بن حكيم
 عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كانت له
 أرض فليرعها أو ليرعها أخاه ولا يكرها بثلاث ولا ربع ولا بطعام معين قالوا وهذا هو معنى
 المحاقلة التي بنى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها وذكروا حديث سعيد بن المسيب مرفوعا
 وفيه والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة قالوا وأيضا فانه من باب بيع الطعام بالطعام بسنة
 وعمدة من لم يحزر كراءها بالطعام ولا بشئ مما يخرج منها أما بالطعام فحجته حجة من لم يحزر كراءها
 بالطعام وأما حجته على منع كرائها مما ثبت فهو ما ورد من نهيه صلى الله عليه وسلم عن المخاربة
 قالوا وهي كراء الأرض عما يخرج منها وهذا قول مالك وكل أصحابه وعمدة من أجاز كراءها
 بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها انه كراء منفعة معلومة بشئ معلوم فجاز
 قياسا على اجازة سائر المنافع وكان هؤلاء أضعفوا أحاديث رافع روى عن سالم بن عبد الله
 وغيره في حديث رافع انهم قالوا اكترى رافع قالوا وقد جاء في بعض الروايات عنه ما يجب أن
 يحمل عليها سائر ما قال كنا أكثر أهل المدينة حقلأ قال وكان أحدا يكرى أرضه ويقول
 هذه التفعة لي وهذه لك وربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهى النبي صلى الله عليه وسلم
 خرجه البخاري وأما من لم يحزر كراءها بما يخرج منها فعمدته النظر والاثار . أما الاثر فورد
 من النهي عن المخاربة وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن نافع قال نهى رسول الله صلى
 الله عليه وسلم عن أمر كان بنار فقامت ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال

دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما تصنعون بمحافلكم قلنا نؤاجر على الربع وعلى الاوسق من التمر والشعير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ازرعوها أو زارعوها أو امسكوها وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الامامان البخاري ومسلم . وأما من أجاز كراهها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم على نصف ما تخرجه الارض والتمر قالوا وهذا الحديث أولى من أحاديث رافع لانها مضطربة المتون وإن صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهية لا على الحظر بدليل ما خرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس أنه قال ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يبه عنها ولكن قال ان يمنع أحدكم أخاه يكن خيراً له من أن يأخذ منه شيئاً قالوا وقد معاذين جبل اليمن حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يخابرون فأقرهم .

(وأما اجارة المؤذن) فان قوم لم يروا في ذلك بأساً وقوما كرهوا ذلك والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روى عن عثمان بن أبي العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اتخدم مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجرأ والذين أباحوه قاسوه على الافعال غير الواجبة وهذا هو سبب الاختلاف أعني هل هو واجب ام ليس بواجب . وأما الاستنجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه أيضاً وكرهه قوم وأجازوه آخرون والذين أباحوه قاسوه على سائر الافعال واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصامت عن عمه قال أقبلنا من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتيناه على حي من أحياء العرب فقالوا انكم جئتم من عند هذا الحبر فهل عندكم دواء أو رقية فان عندنا معنوها في القيود فقلنا لهم نعم فجأؤابه فجعلت أقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع ربي ثم أثقل عليه فكانما أنشط من عقال فأعطوني جعلاً فقلت لا حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال كل فلعمرى لمن أكل برقية باطلاً فلقد أكلت برقية حقاً وما روى عن أبي سعيد الخدري أن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا في غزاة فواجب من أحياء العرب فقالوا هل عندكم من راق فان سيد الحي قد لدغ أو قد عرض له قال فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرئ فأعطى قطعة من النعم فأني ان يتقبلها فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بم رقيقته قال بفاتحة الكتاب قال وما يدريك أنها رقية قال ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خذوها واضربوا لي معكم فيها .

بسمهم وأما الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن فقالوا هو من باب الجعل على تعليم الصلاة

قالوا ولم يكن الجعل المذكور في الاجارة على تعليم القرآن وانما كان على الرقي وسواء كان الرقي بالقرآن أو غيره الاستئجار عند ما جاز كالعلاجات قالوا وليس واجبا على الناس وأما تعليم القرآن فهو واجب على الناس . وأما اجارة الفحول من الابل والبقر والدواب فأجاز مالك أن يكرى الرجل فحله على أن يتر وا كوام معلومة ولم يحزدك ابو حنيفة ولا الشافعي وحجة من لم يحزدك ذلك ما جاء من النهي عن عسيب الفحل ومن أجازة شبهه بسائر المنافع وهذا ضعيف لانه تغليب التماس على السماع واستئجار الكلب هو أيضا من هذا الباب وهو لا يجوز عند الشافعي ولا عند مالك والشافعي يشترط في جواز استئجار المنفعة أن تكون متقومة على انفرادها فلا يجوز استئجار تقاحة للشتم ولا طعام لزين الخناوت اذ هذه المنافع ليس لها قيم على انفرادها فهو لا يجوز عند مالك ولا عند الشافعي ومن هذا الباب اختلاف المذهب في اجارة الدراهم والدنانير والجملة كل ما لا يعرف بعينه فقال ابن القاسم لا يصح اجارة هذا الجنس وهو قرض وكان أبو بكر الابرى وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الاجرة فيه وانما منع من منع اجارتها لانه لم يتصور فيها منفعة الا بالتلاف عنها ومن أجاز اجارتها تصور فيها منفعة مثل أن يتجمل بها أو يتكثر أو غير ذلك مما يمكن أن يتصور في هذا الباب فهذه هي مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة . وأما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس الثمن فهي مسائل الخلاف المتعلقة بما يجوز أن يكون ثمنًا في المبيعات وما لا يجوز ومما ورد النهي فيه من هذا الباب ما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن عسيب الفحل وعن كسب الحجام وعن قفيز الطحان قال الطحاوى ومعنى نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه في الجاهلية من دفع القمح الى الطحان بجزء من الدقيق الذى يطحنه قالوا وهذا لا يجوز عندنا وهو استئجار من المستأجر بعين ليس عنده ولا هي من الاشياء التى تكون ديونا على الذم ووافق الشافعي على هذا وقال أصحابه لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالخالة أو بسماع من الدقيق فسد له به صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهذا على مذهب مالك جائز لانه استأجره على جزء من الطعام معلوم وأجرة الطحان ذلك الجزء وهو معلوم أيضا وأما كسب الحجام فذهب قوم الى تحريره وخالفهم في ذلك آخرون فقالوا كسبه ردى يكره للرجل وقال آخرون بل هو مباح * والسبب في اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب فن رأى أنه حرام احتج بما روى عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من السحت كسب الحجام وما روى عن أنس بن مالك قال: حرم

رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب الحجام وروى عن عون بن أبي جحيفة قال اشترى
أبي حنيفة فأسكر محامداً فقلت له يا أبا عبد الله لم كسرتها فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى
عن عمن الدم . وأما من رأى اباحه ذلك فاحتج بما روى عن ابن عباس قال : احتجهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره قالوا ولو كان حراماً لم يعطه وحديث جابر ان رسول الله
عليه وسلم : دعا اباطية فحجمه فسأله كم ضربتك فقال ثلاثة أصع فوضع عنده صاعاً وعند أيضاً
أنه أمر للحجام بصاع من طعام وأمر مواليه أن يخفقوا عنه . وأما الذين قالوا بكرهيته فاحتجوا
بما روى أن رفاعه بن رافع أو رافع بن رفاعه جاء إلى مجلس الانصار فقال نهى رسول الله صلى
الله عليه وسلم عن كسب الحجام وأمرنا أن نطعمه نأفخنه وبما روى عن رجل من بني حارثة
كان له حجام وسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنهاه ثم عاذفهاه ثم عاذفهاه فلم يزل
يراجعه حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أعلف كسبه نأفخنه وأطعمه رقيقته .

ومن هذا الباب أيضاً ﴿ اختلافهم في اجارة دار يسكنى دار أخرى فأجاز ذلك مالك
ومنه أبو حنيفة ولعله رأى ما من باب الدين بالدين وهذا ضعيف فهذه مشهورات مسائلهم فيما
يتعلق بجنس الثمن وبجنس المنفعة . وأما ما يتعلق باوصافها فنذكر أيضاً المشهور منها فنذكر ذلك
ان جمهور فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعي اتفقوا بالجملة ان من شرط الاجارة أن
يكون الثمن معلوماً والمنفعة معلومة القدر وذلك اما بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب واما
بضرب الاجل اذا لم تكن لها غاية مثل خدمة الاجير وذلك اما بالزمان ان كان عملاً واستيفاء
منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والخوانيت واما بالمكان ان كان شيئاً مثل كراء
الرواحل وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف الى جواز اجارة المجهولات مثل
أن يعطى الرجل حماره لمن يسقى عليه أو يحتطب عليه بنصف ما يعود عليه وعمدة الجمهور ان
الاجارة بيع فامتنع فيها من الجهل . وكان الغبن ما امتنع في المبيعات واحتج الفريق الثاني
بقياس الاجارة على القراض والمساواة والجمهور على أن القراض والمساواة مستثنيان
بالسنة فلا يقاس عليهما الخروجهما عن الاصول وانفق مالك والشافعي على أنه ما اذا ضربا
للمنفعة التي ليس لها غاية أمد آمن الزمان محدوداً أو حددوا أيضاً أول ذلك الامد وكان أوله
عقب العقد ان ذلك جائز واختلفوا اذا لم يحددوا أول الزمان أو حددوه ولم يكن عقب العقد
فقال مالك يجوز اذا حدد الزمان ولم يحدد أوله مثل أن يقول له استأجرت منك هذه الدار سنة
نكذا أو شهراً بنكذا ولا يذكر أول ذلك الشهر ولا أول تلك السنة وقال الشافعي لا يجوز

ويكون أول الوقت عند مالك وقت عقد الاجارة فمنعه الشافعي لانه غرر وأجاز مالك لانه معلوم بالعادة وكذلك لم يحجز الشافعي اذا كان أول العقد متراخيا عن العقد وأجاز مالك واختلف قول أصحابه في استئجار الارض غير المأمونة بالتغير فيما بعد من الزمان وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمان الذي تقدر به هذه المنافع فمالك يحجز ذلك السنين الكثيرة مثل أن يكرى الدار لعشرة أعوام أو أكثر مما لا تتغير الدار في مثله وقال الشافعي لا يجوز ذلك لا أكثر من عام واحد واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون في أرض المطر وأرض السقي بالعيون وأرض السقي بالآبار والانهار فأجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة وفصل ابن الماجشون فقال لا يجوز الكراء في أرض المطر الا لعام واحد وأما أرض السقي بالعيون فلا يجوز كراؤها الا لثلاثة أعوام وأربعة وأما أرض الآبار والانهار فلا يجوز الا لعشرة أعوام فقط فلا اختلاف ههنا في ثلاثة مواضع في تحديد أول المدة وفي طولها وفي بعدها من وقت العقد وكذلك اختلف مالك والشافعي اذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذي يجب لاقل المدة مثل أن يقول أكرت منك هذه الدار الشهر بكذا ولا يضر بان لذلك أمد معلوم فقال الشافعي لا يجوز وقال مالك وأصحابه يجوز على قياس أبيه من هذه البصرة بحساب القفيز بدرهم وهذا لا يجوز غيرهم * وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع في هذه الاشياء هل هو من الغرر المعنوي عنه أو المنهي عنه ومن هذا الباب اختلافهم في البيع والاجارة أجاز مالك ومنعه الشافعي وابو حنيفة ولم يحجز مالك أن يقتن بالبيع الا الاجارة فقط ومن هذا الباب اختلافهم في اجارة المشاع فقال مالك والشافعي هي جائزة وقال ابو حنيفة لا يجوز لان عنده ان الانتفاع بهامع الاشاعة متعذر وعند مالك والشافعي ان الانتفاع بهامك مع شريكه كانتفاع المكري بها مع شريكه أعني رب المال ومن هذا الباب استئجار الاجير بطعامه وكسوته وكذلك الظرف فعن الشافعي ذلك على الاطلاق وأجاز مالك ذلك على الاطلاق أعني في كل اجير وأجاز ذلك ابو حنيفة في الظرف فقط * وسبب الخلاف هل هي اجارة بمجولة أم ليست بمجولة فهذه هي شرائط الاجارة الراجعة الى الثمن والمثمن . وأما أنواع الاجارة فان العلماء على ان الاجارة على ضربين اجارة منافع أعيان محسوسة واجارة منافع في الذمة قياسا على البيع والذي في الذمة من شرطه الوصف والذي في العين من شرطه الرؤية أو الصفة عنده كالحال في المبيعات ومن شرط الصفة عنده كوالجنس والنوع وذلك في الشيء الذي تستوفي منفعه وفي الشيء الذي تستوفي به منفعه فلا بد من وصف المركوب مثلاً والحمل

الذى تستوفى به منفعة المركوب وعند مالك ان الركب لا يحتاج ان يوصف وعند الشافعى يحتاج الى الوصف وعند ابن القاسم انه اذا استأجر الراعى على غنم باعياها ان من شرط صحة العقد اشتراط الخلف وعند غيره تلتزم الجملة بغير شرط ومن شرط اجارة الذمة ان يعجل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين كما أن من شرط اجارة الارض غير المأمونة يسقى عنده أن لا يشترط فيها النقد الا بعد الرى واختلفوا فى الكراء هل يدخل فى أنواعه الخيارات أم لا فقال مالك يجوز الخيار فى الصنفين من الكراء المضمون والمعين وقال الشافعى لا يجوز فهذه هى المشهورات من المسائل الواقعة فى هذا القسم الاول من هذا الكتاب وهو الذى يشتمل على النظر فى محال هذا العقد وأوصافه وأنواعه وهى الاشياء التى تجرى من هذا العقد مجرى الاركان وبها يوصف العقد اذا كان على الشروط الشرعية بالصحة وبالفساد اذا لم يكن على ذلك وبقي النظر فى الجزء الثانى وهو أحكام هذا العقد .

✽ الجزء الثانى من هذا الكتاب وهو النظر فى أحكام الاجارات ✽

وأحكام الاجارات كثيرة ولكنهم بالجملة تنحصر فى جملتين ، الجملة الاولى فى موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارئ عليه ، الجملة الثانية فى أحكام الطوارئ وهذه الجملة تنقسم فى الاشهر الى معرفة موجبات الضمان وعدمه ومعرفة وجوب الفسخ وعدمه ومعرفة حكم الاختلاف .

﴿الجملة الاولى﴾ ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكرمى دفع الكراء اذا أطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن فعند مالك وابى حنيفة ان الثمن انما يلزم جزءً فجزء بحسب ما يقبض من المنافع الا ان يشترط ذلك أو يكون هنالك ما يوجب التقديم مثل ان يكون عوضاً معيناً أو يكون كراء فى الذمة وقال الشافعى يجب عليه الثمن بنفس العقد لك رأى أن الثمن انما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض والشافعى كان رأى أن تأخره من باب الدين بالدين . ومن ذلك اختلافهم فى ان كترى دابة أو داراً وما أشبه ذلك هل لادن يكرى ذلك بأكثر مما كتره فأجازهم مالك والشافعى وجماعة قياساً على البيع ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه وعمدتهم انه من باب ربح مالم يضمن لان ضمان الاصل هو من ربه أعنى من المكرمى وأيضاً فانه من باب بيع مالم يقبض وأجاز ذلك بعض العلماء اذا أحدث فيها عملاً ومن لم يكره ذلك اذا وقع بهذه الصفة سفیان الثورى والجمهور رأوا ان الاجارة فى هذا شبهة بالبيع ومنها

ان يكرى الدار من الذى أكرادامته فقال مالك يجوز وقال أبو حنيفة لا يجوز وكأنه رأى انه اذا كان التناصل بينهما فى الكراء فهو من باب أكل المال بالباطل ومنها اذا أكرت أرضاً لزربها حنطة فأراد أن يزربها شعيراً أو ما ضرر به مثل ضرر الحنطة أو دونه فقال مالك له ذلك وقال داود ليس ذلك له ومنها اختلافهم فى كنس مراحيض الدور المكترة فالمشهور عن ابن القاسم انه على أن باب الدور وروى عنه انه على المكترى وبه قال الشافعى واستثنى ابن القاسم من هذه الفنادق التى تدخلها قوم وتخرج قوم فقال الكنس فى هذه على رب الدار ومنها اختلاف أصحاب مالك فى الإهدام اليسير من الدار هل يلزم رب الدار إصلاحه أم ليس يلزم وينحط عنه من الكراء ذلك القدر فقال ابن القاسم لا يلزمه وقال غيره من أصحابه يلزمه وفروع هذا الباب كثيرة وليس قصدنا التفريع فى هذا الكتاب .

الجملة الثانية وهى النظر فى الأحكام الطوارىء . الفصل الاول منه وهو النظر فى التسوخ فنقول ان الفقهاء اختلفوا فى عقد الاجارة فذهب الجمهور الى انه عقد لازم وحكى عن قوم انه عقد جائز تشبيهاً بالجعل والشركة والذين قالوا انه عقد لازم اختلفوا فيما ينفسخ به فذهب جماعة فقهاء الامصار مالك والشافعى وسفيان الثورى وأبو ثور وغيرهم الى انه لا ينفسخ الا بما ينفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز فسخ عقد الاجارة للعدر الطارىء على المستأجر مثل ان يكرى دكاناً يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق وعمدة الجمهور قوله تعالى (أو فوا بالعقد) لان الكراء عقد على منافع فاشبهه النكاح ولانه عقد على معاوضة فلم ينفسخ أصله البيع وعمدة أبى حنيفة انه شبهه ذهاب ماله تستوفى المنفعة بذهاب العين التى فيها المنفعة وقد اختلف قول مالك اذا كان الكراء فى غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص فقال عبد الوهاب انما هو من مذهب أصحابنا ان محل استيفاء المنافع لا يتعين فى الاجارة وانه وان عين فذلك كالوصف لا ينفسخ ببيعها أو ذهابه بخلاف العين المستأجرة اذا تلفت قال وذلك مثل ان يستأجر على رعاية غنم باعياها أو خياطة قميص بعينه فملك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد وعلى المستأجر ان يأتى بغنم مثلهما ليرعاها أو قميص مثله ليخيطه قال وقد قيل انها تتعين بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل وقال بعض المتأخرين ان ذلك ليس باختلاف فى المذهب وانما ذلك على قسمين ، أحدهما ان يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تنصده عينه أو مما لا تنصده عينه فان كان مما تنصده عينه انفسخت الاجارة كالظئر اذا مات الطفل وان كان

مما لا يقصد عينه لم ينسخ كالا جارة على رعاية الغنم باعيانها أو يبيع طعاما في حانوت وما أشبه ذلك واشترط ابن القاسم في المدونة أنه اذا استأجر على غنم باعيانها فانه لا يجوز الا ان يشترط الخلف هو التفتات منه الى أنها تنسخ بذهاب محل استيفاء المعين لكن لما رأى التلف سائقا الى النسخ رأى انه من باب العرف فلم يحز الكراء عليها الا باشتراك الخلف ومن نحوه هذا اختلافهم في هل ينسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين أعنى المكري أو المكترى فقال مالك والشافعي وأحمد واسحق وأبو ثور لا ينسخ ويورث عقد الكراء وقال أبو حنيفة والثوري والليث ينسخ وعمدة من لم يقل بالنسخ انه عقد معاوضة فلم ينسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع وعمدة الحنفية ان الموت نقل لا يصل الرقبة المستأجرة من ملك الى ملك فوجب ان يبطل أصله البيع في العين المستأجرة مدة طويلة أعنى انه لا يجوز فلما كان لا يجتمع العقدان معاً غلب ههنا انتقال الملك والابقى الملك ليس له وارث وذلك خلاف الاجماع وربما شبهوا الا جارة بالنكاح اذ كان كلاهما استيفاء منافع والنكاح يبطل بالموت وهو بعيد وربما احتجوا على المالكية فقط بان الاجرة عندهم تستحق جزأ جزأ بقدر ما يقبض من المنفعة قالوا واذا كان هذا هكذا فان مات المالك وبقيت الا جارة فان المستأجر يستوفى في ملك الوارث حقا بموجب عقد في غير ملك العاقد وذلك لا يصح وان مات المستأجر فتكون الاجرة مستحقة عليه بعدموته والميت لا يثبت عليه دين باجماع بعدموته . وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا لان استيفاء الاجرة يجب عندهم بنفس العقد على ما سلف من ذلك وعندما لك ان أرض المطر اذا كريت فنفع التحيط من زراعتها أو زرعها فلم يثبت الزرع لمكان التحيط ان الكراء ينسخ وكذلك اذا استعذرت بالمطر حتى انتضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكترى من ان يزرعها وسائر الجوائح التي تصيب الزرع لا يحيط عنه من الكراء شيء وعنده ان الكراء الذي يتعلق بوقت ما انه ان كان ذلك الوقت مقصوداً مثل كراء الراجل في أيام الحج فعاب المكري عن ذلك الوقت أنه تنسخ الكراء . وأما إن لم يكن الوقت مقصوداً فانه لا ينسخ هذا كله عنده في الكراء الذي يكون في الاعيان فأما الكراء الذي يكون في الذمة فانه لا ينسخ عنده بذهاب العين التي قبض المستأجر ليستوفي منها المنفعة اذ كان لم ينقصد الكراء على عين بعينها وانما انعقد على موصوف في الذمة وفروع هذا الباب كثيرة وأصوله هي هذه التي ذكرناها .

﴿ الفصل الثاني وهو النظر في الضمان ﴾

والضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدي أو لمكان المصلحة وحفظ الاموال . فاما بالتعدي فيجب على المكري باتفاق والخلاف انما هو في نوع التعدي الذي يوجب ذلك أولا بوجبه وفي قدره فمن ذلك اختلاف العلماء في القضاء فبينما كثرى دابة الى موضع ما فتعدي بها الى موضع زائد على الموضع الذي انعقد عليه الكراء فقال الشافعي وأحمد عليه الكراء الذي التزمه الى المسافة المشترطة ومثل كراء المسافة التي تعدي فيها وقال مالك رب الدابة بالخيار في ان يأخذ كراء دابته في المسافة التي تعدي فيها أو يضمن له قيمة الدابة وقال أبو حنيفة لا كراء عليه في المسافة المتعداة ولا خلاف انما اذا تلبقت في المسافة المتعداة انه ضامن لها فعمدة الشافعي انه تعدي على المنفعة فلزمه أجره المثل أصله التعدي على سائر المنافع وأما مالك فكانه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى انه قد تعدي عليها فيها نفسها فشبها بالغاصب وفيه ضعف . وأما مذهب أبي حنيفة فبعيد جداً عما تقتضيه الاصول الشرعية والا قرب الى الاصول في هذه المسئلة هو قول الشافعي وعند مالك ان عثار الدابة لو كانت عثو رأتعد من صاحب الدابة يضمن بها الحبل وكذلك ان كانت الحبال رثة ومسائل هذا الباب كثيرة . وأما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعدا لا من جهة المصلحة فهم الصنائع ولا خلاف عندهم ان الاجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه الا أن يتعدي ما عدا حامل الطعام والطحان فان مال الكاظمه ما هلك عنده الا ان تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه . وأما تضييع الصنائع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة اليهم فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف يضمنون ما هلك عندهم وقال أبو حنيفة لا يضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص ويضمن المشترك ومن عمل باجر وللشافعي قولان في المشترك والخاص عندهم هو الذي يعمل في منزل المستأجر وقيل هو الذي لم ينتصب للناس وهو مذهب مالك في الخاص وهو عنده غير ضامن وتحصيل مذهب مالك على هذا ان الصانع المشترك يضمن وسواء عمل باجر أو بغير أجر ويتضمن الصنائع قال علي وعمر وان كان قد اختلف عن علي في ذلك وعمدة من لم ير الضمان عليهم انه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له الا النظر الى المصلحة وسد الذريعة . واما من فرق بين ان يعملوا باجر أو لا يعملوا باجر فلان العامل بغير أجر انما قبض الممول لمنفعة صاحبه فقط فاشبه المودع واذا قبضها باجر

فالمصلحة لغيرهم ما فعلت منفعة القابض أصله القرض والعارية عند الشافعي وكذلك أيضاً من لم ينصب نفسه لم يكن في تضمينه شذوذاً ولا جبراً عند مالك كما قلنا لا يضمن إلا أنه استحسن تضمين حامل القوت وما يجري مجراه وكذلك الطحان وما عدى غيرهم فلا يضمن إلا بالتعمد وصاحب الحمام لا يضمن عند هذا هو المشهور عنه وقد قيل يضمن وشذأ شهب فضمن الصانع ما قامت البيئة على دلالته عند من غير تعد منهم ولا بتقريط وهو شذوذاً ولا خلاف أن الصانع لا يضمنون ما لم يقبضوا في منازلهم واختلف أصحاب مالك إذا قامت البيئة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الأجرة أم لا إذا كان دلالته بعد إتمام الصنعة أو بعد تمام بعضهم فقال ابن القاسم لا أجرة لهم وقال ابن المواز لهم الأجرة ووجه ما قال ابن المواز أن المصيبة إذا نزلت بالمستأجر فوجب أن لا يمتنع عمل الصانع باطلاً ووجه ما قال ابن القاسم أن الأجرة إنما استوجبت في مقابلة العمل فاشبه ذلك إذا هلك بتقريط من الأجير وقول المواز أقس وقول ابن القاسم أكثر نظراً إلى المصلحة لانه رأى أن يشتر كوافي المصيبة ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب السفينة فقال مالك لا ضمان عليه وقال أبو حنيفة عليه الضمان إلا من المومج وأصل مذهب مالك أن الصانع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر في المصنوع أو قطع إذا عمل في حانوته وإن كان صاحبه قاعداً معه إلا فيما كان فيه تقرير من الأعمال مثل ثقب الجوهر ونقش القصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفرن والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار إلا أن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ . وأما الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله وكان من أدل المعرفة فلا شيء عليه في النفس والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل في ماله وقيل على العاقلة .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وهو النظر في الاختلاف وفي هذا الباب أيضاً مسائل : فمنها أنهم اختلفوا إذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصنعة فقال أبو حنيفة القول بقول رب المصنوع وقال مالك وابن أبي ليلى القول بقول الصانع * وسبب الخلاف من المدعى منهما على صاحبه ومن المدعى عليه ومنها إذا ادعى الصانع رد ما استصنعوا فيه وأنكر ذلك الدافع قال قول عند مالك قول الدافع

وعلى الصانع البيئة لانهم كانوا ضامنين لما في أيديهم وقال ابن الماجشون القول قول الصانع ان كان مادفع اليهم دفع بعير بيته وان كان دفع اليهم بينة فلا يردون الا بينة واذا اختلف الصانع ورب المتاع في دفع الاجرة فالمشهور في المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه ان قام بمحدثان ذلك وان تناول فالقول قول رب المصنوع وكذلك اذا اختلف المكري والمكترى وقيل بل القول قول الصانع وقول المكري وان طال وهو الاصل واذا اختلف المكري والمكترى أو الاجير والمستأجر في مدة الزمان الذي وقع فيه استيلاء المنفعة اذا انفقا على أن المنفعة لم تستوف في جميع الزمان المضروب في ذلك فالمشهور في المذهب أن القول قول المكترى والمستأجر لانه الغارم والاصل على أن القول قول الغارم وقال ابن الماجشون القول قول المكترى له والمستأجر اذا كانت العين المستوفاة منها المنافع في قبضهما مثل الدار وما أشبه ذلك وأما ما لم يكن في قبضه مثل الاجير فالقول قول الاجير ومن مسائل المذهب المشهورة في هذا الباب اختلاف المتكاريين في الدواب وفي الراحل وذلك أن اختلافهما لا يخلو ان يكون في قدر المسافة أو نوعها أو قدر الكراء أو نوعه فان كان اختلافهما في نوع المسافة أو في نوع الكراء فالتحالف والتفاسخ كاختلاف المتبايعين في نوع الثمن قال ابن القاسم انعتد أو لم ينعتد وقال غيره القول قول رب الدابة اذا انعتد وكان يشبه ما قال وان كان اختلافهما في قدر المسافة فان كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير فالتحالف والتفاسخ وان كان بعد ركوب كثير أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة في المسافة ان انتقد وكان يشبه ما قال وان لم ينتقد واشبه قوله لتحالف أو يفسخ الكراء على أعظم المسافتين فاجعل منه للمسافة التي ادعاها رب الدابة أعطيه وكذلك ان انتقد ولم يشبه قوله وان اختلفا في الثمن وانفقا على المسافة فالقول قول المكترى نقد أو لم ينقد لانه مدعى عليه وان اختلفا في الامرين جميعاً في المسافة والثمن مثل ان يقول رب الدابة بقرطبة اكترت منك الى قرمونة بدينارين ويقول المكترى بل بدينار الى اشبيلية فان كان أيضاً قبل الركوب أو بعد ركوب لا ضرر عليهما في الرجوع لتحالف أو تفاسخاً وان كان بعد سير كثير أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة فان كان لم ينتد المكترى شيئاً كان القول قول رب الدابة في المسافة والقول قول المكترى في الثمن ويعر من الثمن ما يجب له من قرطبة الى قرمونة على أنه لو كان الكراء به الى اشبيلية وذلك انه أشبه قول المكترى وان لم يشبه ما قال وأشبه ما قال رب الدابة غرم دينارين وان كان المكترى نقد الثمن الذي يدعي انه للمسافة الكبرى وأشبه قول رب الدابة كان

القول قول رب الدابة في المسافة ويبقى له ذلك الثمن الذي قبضه لا يرجع عليه بشئ منه اذ هو مدعى عليه في بعضه وهو يقول بل هو لى وزيادة فيقبل قوله فيه لانه قبضه ولا يقبل قوله في الزيادة ويسقط عنه ما لم يقرب به من المسافة أشبهه ما قال أو لم يشبهه الا أنه اذا لم يشبهه قسم الكراء الذى أقر به المكترى على المسافة كلها فيأخذ رب الدابة من ذلك ما ناب المسافة التى ادعاها وهذا القدر كاف في هذا الباب .

❦ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ❦

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

❦ كتاب الجعل ❦

والجعل هو الاجارة على منفعة مظنون حصوها مثل مشارطة الطيب على البرء والمعلم على الحذاق والناشد على وجود العبد الا بقاء وقد اختلف العلماء في جوازه فقال مالك يجوز ذلك في اليسير بشرطين ، أحدهما ان لا يضرب لذلك أجلا ، والثانى ان يكون الثمن معلوماً وقال أبو حنيفة لا يجوز وللشافعى القولان وعمدة من أجازوه قوله تعالى (ولن جاءه حمل بعير وأنا بذهاب عميم) واجماع الجمهور على جوازه في الابق والسؤال وما جاء في الاثر من أخذ الثمن على الرقبة بام القرآن وقد تقدم ذلك وعمده من منعه الغر الذى فيه قياساً على سائر الاجارات ولا خلاف في مذهب مالك أن الجعل لا يستحق شئ منه إلا بتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم واختلف مالك وأصحابه من هذا الباب في كراء السفينة هل هو جعل أو اجارة فقال مالك ليس لصاحبها كراء الا بعد البلوغ وهو قول ابن القاسم ذهابا الى ان حكمها حكم الجعل وقال ابن نافع من أصحابه له قدر ما بلغ من المسافة فاجرى حكمه بجرى الكراء وقال اصبغ ان الجيج فهو جعل وان لم يلجج فهو اجارة له بحسب الموضع الذى وصل اليه والنظر في هذا الباب في جوازه ومحله وشروطه وأحكامه ومحله هو ما كان من الافعال لا ينتفع الجاعل بجزء منه لانه اذا انتفع الجاعل بجزء مما عمل الملتزم للجعل ولم يأت بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها وقلنا على حكم الجعل أنه اذا لم يأت بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها لم يكن له شئ فقد انتفع الجاعل بعمل الجعول من غير ان يعوضه من عمله بأجر وذلك ظلم ولذلك يختلف الفقهاء في كثير من المسائل هل هو جعل

أو اجارة مثل مسألة السفينة المتقدمة هل هي مما يجوز فيها الجعل أولاً يجوز مثل اختلافهم في المجاعة على حفر الآبار وقالوا في المغارسة أنها تشبه الجعل من جهة والبيع من جهة وهي عند مالك أن يعطى الرجل أرضه لرجل على أن يغرس فيه عدد آمن الثمار معلوماً فإذا استحق الثمر كان للمغارس جزء من الأرض متفق عليه

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً

﴿كتاب القراض﴾

ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض وأنه مما كان في الجاهلية فاقره الاسلام وأجمعوا على أن صفته أن يعطى الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال أى جزء كان مما يتفقان عليه ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً وأن هذا مستثنى من الاجارة المجعولة وأن الرخصة في ذلك انما هي لموضع الرفق بالناس وأنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال اذا لم يتعد وان كان اختلفوا فيما هو تعدد ما ليس بتعد وكذلك أجمعوا بالجملة على انه لا يقترب به شرط يزيد في مجعولة الربح أو في العرر الذي فيه وان كان اختلفوا فيما يقتضى ذلك من الشروط مما لا يقتضى وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدرهم واختله وفى غير ذلك وبالجملة فالظرف فيه في صفته وفي محله وفي شروطه وفي أحكامه ونحن نذكر في باب باب من هذه الثلاثة الابواب مشهورات مسائلهم .

﴿الباب الاول في محله﴾

أما صفته فقد تقدمت وأنهم أجمعوا عليها : وأما محله فانهم أجمعوا على انه جائز بالدنانير والدرهم واختلفوا في العروض فجمهور رفقها على المصار على أنه لا يجوز القراض بالعروض وجوزه ابن أبى ليلى وحجة الجمهور أن رأس المال اذا كان عروضاً كان غرراً لأنه يقبض العرض وهو يساوى قيمة ما يردده وهو يساوى قيمة غير هافى يكون رأس المال والربح مجعولاً وأما أن كان رأس المال مابيه يباع العروض فان مالكاً منعه والشافعى أيضاً وأجازاه أبو حنيفة وعمدة مالك أنه قارضه على ما بيعت به الساعية وعلى بيع السلعة نفسها فكانه قراض ومنفعة مع أن

ما يبيع به السلعة مجهول فكانه انما قارضه على رأس مال مجهول ويشبهه أن يكون أيضاً انما منع المقارضة على قيم العروض لمكان ما يتكف المقارض في ذلك من البيع وحيث ينقض رأس مال القراض وكذلك أن أعطاه العرض بالثمن الذي اشتراه به ولكنه أقرب الوجوه الى الجواز ولعل هذا هو الذي جوز ما بن أبي ليلى بل هو الظاهر من قولهم فأنهم حكموا عنده انه يجوز أن يعطى الرجل ثوباً يبيعه فما كان فيه من ربح فهو بينهما وهذا انما هو على أن يجعل أصل المال الثمن الذي اشترى به الثوب ويشبهه أيضاً أن جعل رأس المال الثمن أن يتهم المقارض في تصديقه رب المال بحرصه على أخذ القراض منه واختلف قول مالك في القراض بالنقد من الذهب والنقضة فروى عنه اشهب منع ذلك وروى ابن القاسم جوازه ومنعه في المصوغ والمنع في ذلك قال الشافعي والكو في فن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ومن أجازها شبهها بالدرهم والدنانير لقلة اختلاف اسواقها واختلف أيضاً أصحاب مالك في القراض بالفلوس فنعه ابن القاسم وأجازها اشهب وبه قال محمد بن الحسن وجمهور العلماء مالك والشافعي وأبو حنيفة على انه اذا كان لرجل على رجل دين لم يحز أن يعطيه له قرضاً قبل أن يقبضه اما العلة عند مالك فخافة أن يكون اعسر بما له فهو يريد أن يؤخره عنه على ان يزيد فيه فيكون الربا المنهى عنه واما العلة عند الشافعي وأبي حنيفة فان ما في الذمة لا يتحول ويعود أمانته واختلفوا في من اسر رجلاً ان يقبض ديناً له على رجل آخر ويعمل فيه على جهة القراض فلم يحز ذلك مالك وأصحابه لانه رأى انه اذا دأ على العامل كلفة وهو ما كلفه من قبضه وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة في القراض انه فاسد وأجاز ذلك الشافعي والكو في قالوا لانه وكله على القبض لا أنه جعل القبض شرطاً في المصارفة فهذا هو القول في محله ، وأما صفتة فهي الصفة التي قدمناها .

(الباب الثاني في مسائل الشروط)

وجملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدى عندهم الى غرر أو الى محجلة زائدة ولا خلاف بين العلماء انه اذا اشترط أحدهما لنفسه من الرجح شيئاً زائداً غير ما انعقد عليه القراض أن ذلك لا يجوز لانه يصير ذلك الذي انعقد عليه القراض مجهولاً وهذا هو الأصل عند مالك في أن لا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق يشترطه احدهما لصاحبه مع نفسه فهذه جملة ما اتفقوا عليه وان كانوا قد اختلفوا في التفصيل فن ذلك

اختلافهم اذا شرط العامل الربح كله له فقال مالك يجوز وقال الشافعي لا يجوز وقال أبو حنيفة هو قرض لا قراض فمالك رأى أنه احسان من رب المال وتطوع اذ كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير والشافعي رأى أنه غرر لانه ان كان خسران فعلى رب المال وهذا يفارق القرض وان كان ربح فليس لرب المال فيه شيء ومنها اذا شرط رب المال الضمان على العامل فقال مالك لا يجوز القراض وهو فاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه القراض جائز والشرط باطل وعمدة مالك ان اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد وأما أبو حنيفة فشبهه بالشرط الفاسد في البيع على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل اعتماداً على حديث بريرة المتقدم واختلاف في المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف مثل ان يشترط عليه تعيين جنس مامن السلع أو تعيين جنس ما من البيع أو تعيين موضع ماله للتجارة أو تعيين صنف مامن الناس يتجر معهم فقال مالك والشافعي في اشتراط جنس من السلع لا يجوز ذلك الا أن يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتاً مامن أوقات السنة وقال أبو حنيفة يلزمه ما اشترط عليه وان تصرف في غير ما اشترط عليه ضمن فمالك والشافعي رأيا ان هذا الاشتراط من باب التضيق على المقارض فيعظم الغرر بذلك وأبو حنيفة استخف الغرر الموجود في ذلك كما لو اشترط عليه أن لا يشتري جنساً مامن السلع لكان على شرطه في ذلك باجماع ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور وأجاز أبو حنيفة الا أن يتفاسخا فمن لم يحزمه رأى ان في ذلك تضييقاً على العامل يدخل عليه مزيده غرر لانه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الاجل الى بيعها فيلحقه في ذلك ضرر ومن أجاز الاجل شبهه القراض بالاجارة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز اشتراط رب المال زكاة الربح على العامل في حصته من الربح فقال مالك في الموطأ لا يجوز ورواه عنه اشهب وقال ابن القاسم ذلك جائز ورواه عن مالك وبقول مالك قال الشافعي وحجة من لم يحزمه انه تعود حصمة العامل ورب المال بمجولة لانه لا يدري كم يكون المال في حين وجوب الزكاة فيه وتشبه باشتراط زكاة أصل المال عليه أعنى على العامل فانه لا يجوز باتفاق وحجة ابن القاسم انه يرجع الى جزء معلوم النسبة وان لم يكن معلوم القدر لان الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى فكانه اشترط عليه في الربح الثلث الاربع العشر أو النصف الاربع العشر أو الرابع الاربع عشر وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال لان ذلك معلوم التدرج غير معلوم النسبة فكان ممكناً ان يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلاً ولا يجوز

ان يشترط ذلك المتقارض على رب المال في المذهب فيد قولان قيل بالفرق بين العامل ورب المال فتيل يجوز ان يشترطه العامل على رب المال ولا يجوز ان يشترطه رب المال على العامل وقيل عكس هذا واختلفوا في اشتراط العامل على رب المال غلاما بعينه على أن يكون للغلام نصيب من المال فأجازة مالك والشافعي وأبو حنيفة وقال اشهب من اصحاب مالك لا يجوز ذلك فمن أجاز ذلك شسبه بالرجل يقارض الرجلين ومن لم يجز ذلك رأى انها زيادة ازدادها العامل على رب المال فأما ان اشترط العامل غلامه فقال الثوري لا يجوز وللغلام فيما عمل اجرة المثل وذلك ان حظ العامل يكون عنده مجهولا .

﴿ القول في أحكام القراض ﴾

والاحكام منها ما هي أحكام القراض الصحيح ومنها ما هي أحكام القراض الفاسد وأحكام القراض الصحيح منها ما هي من موجبات العقد أعنى أنها تابعة لموجب العقد ومختلف فيها هل هي تابعة أو غير تابعة ومنها أحكام طواري تظراً على العقد ما لم يكن موجباً من نفس العقد مثل التعدي والاختلاف وغير ذلك ونحن نذكر من هذه الاوصاف ما اشتهر عند فقهاء الامصار ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول إنه أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض وأن لكل واحد منهما فسخه ما لم يشرع العامل في القراض واختلفوا اذا شرع العامل فقال مالك هو لازم وهو عقد يورث فان مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا في القراض مثل أبيهم وان لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأثروا بأمين . وقال الشافعي وأبو حنيفة لكل واحد منهما القسح اذا شاء وليس هو عقد يورث فمالك ألزمه بعد الشروع في العمل لما فيه من ضرور رآه من العقود الموروثة والفرقة الثانية شبيهت الشروع في العمل بما بعد الشروع في العمل ولا خلاف بينهم أن المقارض انما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينض جميع رأس المال وانه ان خسر ثم تجر ثم ربح جبر الخسران من الربح واختلفوا في الرجل يدفع الى رجل مالا قراضاً فهل بعضه قبل أن يعمل فيه ثم يعمل فيه فيرج فيريد المقارض أن يجعل رأس المال بقية المال بعد الذي هلك هل له ذلك أم لا . فقال مالك وجمهور العلماء ان صدقه رب المال أو دفع رجل مالا قراضاً لرجل فهل منه جزء قبل أن يعمل فأخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون الباقي عندك قراضاً على الشرط المتقدم لم يجز حتى يفاصله ويقبض منه رأس ماله وينقطع القراض الاول . وقال ابن حبيب من اصحاب مالك إنه يلزمه

القول ويكون الباقي قراضاً وهذه المسئلة هي من أحكام الطوارئ ولكن ذكرناها هنا لتعلمها بوقت وجوب القسمة وهي من أحكام العقد واختلفوا هل للعامل نفقته من المال المقارض عليه أم لا على ثلاثة أقوال . فقال الشافعي في أشهر أقواله لا نفقة له أصلاً إلا أن يأذن له رب المال . وقال قوم له نفقته وبه قال إبراهيم النخعي والحسن وهو أحد ما روى عن الشافعي . وقال آخرون له النفقة في السفر من طعامه وكسوته وليس له شيء في الحضر وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وجمهور العلماء إلا أن مالكاً قال إذا كان المال يحمل ذلك وقال الثوري ينفق ذاهباً ولا ينفق راجعاً . وقال الليث يتعدى في المصر ولا يتعشى وروى عن الشافعي أن له نفقته في المرض والمشهور عنه مثل قول الجمهور أن لا نفقة له في المرض وحجة من لم يجزه أن ذلك زيادة منفعة في القراض فلم يجز أصله المنافع وحجة من أجاز له أن عليه العمل في الصدر الأول ومن أجاز له في الحضر تشبيهه بالسفر وأجمع علماء المصارع على أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح إلا بحضرة رب المال وإن حضوره رب المال شرط في قسمة المال وأخذ العامل حصته وأنه ليس يكفي في ذلك أن يسمعه بحضور بينة ولا غيرها .

(القول في أحكام الطوارئ)

واختلفوا إذا أخذ المقارض حصته من غير حضور رب المال ثم ضاع المال أو بعضه فقال مالك إن أذن له رب المال في ذلك فالعامل مصدق فيما ادعاه من الضياع . وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري ما أخذ العامل رده ويجبر به رأس المال ثم يقسمان فضلاً إن كان هنالك واختلفوا إذا هلك مال القراض بعد أن اشترى العامل به سلعة ما وقبل أن ينقده البائع فقال مالك البيع لازم للعامل ورب المال خير إن شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ثم تكون بينهما على ما شرطاً من المقارضة وإن شاء تبرأ عنها . وقال أبو حنيفة بل يلزم ذلك الشراء رب المال شبهه بالوكيل إلا أنه قال يكون رأس المال في ذلك القراض الثمين ولا يقسمان الربح إلا بعد حصوله عيناً أعني ثمن تلك السلعة التي تلقت أولاً والثمن الثاني الذي لزمه بعد ذلك واختلفوا في بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض فكره ذلك مالك وأجاز له أبو حنيفة على الإطلاق وأجاز له الشافعي بشرط أن يكون ناقداً بتايها بما لا يتغابن الناس بمثله ووجه ما كره من ذلك مالك أن يكون يرخص له في السلعة من أجل ما قارضه فكأن رب المال أخذ من العامل منفعة سوى الربح الذي اشترط عليه ولا أعراف خلافاً بين فقهاء المصارع أنه إن تكارى العامل على

السلع الى بلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة انها على العامل لا على رب المال لان رب المال انما دفع ماله اليه ليتجربه فما كان من خسران في المال فعليه وكذلك ما زاد على المال واستغرقه واختلفوا في العامل يستدين مالا فيتجربه مع مال القراض . فقال مالك ذلك لا يجوز . وقال الشافعي وأبو حنيفة ذلك جائز ويكون الربح بينهما على شرطهما وحجة مالك انه كما لا يجوز أن يستدين على المقارضة كذلك لا يجوز أن يأخذ ديناً فيها واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدين اذ لم يأمر به رب المال فقال مالك ليس له ذلك فان فعل ضمن وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة له ذلك والجميع متفقون على أن العامل انما يجب له أن يتصرف في عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالباً في اكثر الاحوال فمن رأى أن يتصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس في الاغلب لم يجزه ومن رأى انه مما يتصرف فيه الناس أجازوه واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة والليث في العامل يخلط ماله بمال القراض من غير اذن رب المال فقال هؤلاء كلهم ما عدا مال كادوت تعد ويضمن . وقال مالك ليس بتعد ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الامصار أنه ان دفع العامل رأس مال القراض الى مقارض آخر انه ضامن ان كان خسران وان كان ربح فذلك على شرطه ثم يكون للذي عمل شرطه على الذي دفع اليه فيوفيه حظه مما بقي من المال . وقال المزني عن الشافعي ليس له الا أجره مثله لانه عمل على فساد .

(القول في حكم القراض الفاسد)

وانفقوا على أن حكم انقراض الفاسد فسخه ورد المال الى صاحبه ما لم يفت بالعمل واختلفوا اذا فات بالعمل ما يكون للعامل فيه في واجب عمله على أقوال ، أحدهما أنه يرد جميعه الى قراض مثله وهي رواية ابن الماجشون عن مالك وهو قوله وقول أشهب ، والثاني أنه يرد جميعه الى اجارة مثله وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وعبد العزيز بن أبي سلمة من أصحاب مالك وحكي عبد الوهاب انها رواية عن مالك . والثالث أنه يرد الى قراض مثله ما لم يكن اكثر مما سماه وانما له الاقل مما سمي أو من قراض مثله ان كان رب المال هو مشترط الشرط على المقارض أو الاكثر من قراض مثله أو من الجزء الذي سمي له ان كان المقارض هو مشترط الشرط الذي يقتضى الزيادة التي من قبلها ففسد القراض وهذا القول يخرج رواية عن مالك ، والرابع أنه يرد الى قراض مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه في المال ما ليس ينفرد أحدهما بها عن صاحبه والى اجارة مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين خالصة لمشترطها

مما ليست في المال وفي كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل وهو قول مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ واختاره ابن حبيب . وأما ابن القاسم فاختلف قوله في القراضات الفاسدة فبعضها وهو الأكثر . قال ان فيها أجرة المثل وفي بعضها قال فيها قراض المثل فاختلف الناس في تأويل قوله ففهم من حمل اختلاف قوله فيها على الفرق الذي ذهب اليه ابن عبد الحكم ومطرف وهو اختيار ابن حبيب واختيار جدي رحمه الله عليه ومنهم من لم يمل قوله وقال ان مذهبه ان كل قراض فاسد ففيه أجرة المثل الا تلك التي نص فيها قراض المثل وهي سبعة القراض بالعروض والقراض بالضمان والقراض الى أجل والقراض المبهم واذا قال له اعمل على أن لك في المال شركا واذا اختلف المتقارضان وأتيا بما لا يشبه خلفا على دعواهما واذا دفع اليه المال على ان لا يشتري به الا بالدين فاشتري بالنقد أو على أن لا يشتري السلعة كذا وكذا والسلعة غير موجودة فاشتري غير ما أمر به وهذه المسائل يجب أن ترد الى علّة واحدة والافهم واختلاف من قول ابن القاسم وحكي عبد الوهاب عن ابن القاسم انه فصل فقال ان كان الفاسد من جهة العقد رد الى قراض المثل وان كان من جهة زيادة اردادها أحد هما على الآخر رد الى أجرة المثل والاشبه ان يكون الامر في هذا بالعكس والفرق بين الاجرة وقراض المثل ان الاجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان في المال ربح أو لم يكن وقراض المثل هو على سنة القراض ان كان فيه ربح كان للعامل منه والا فلا شيء له .

في اختلاف المتقارضين ❦ واختلف الفقهاء اذا اختلف العامل ورب المال في تسمية الجزء الذي تقارضا عليه فقال مالك القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وكذلك الامر عنده في جميع دعاويه اذا أتى بما يشبه وقال الليث يحمل على قراض مثله وبه قال مالك اذا أتى بما لا يشبه وقال أبو حنيفة وأصحابه القول قول رب المال وبه قال الثوري وقال الشافعي يتحلمان ويتماسخان ويكون له أجرة مثله ❦ وسبب اختلاف مالك وأبي حنيفة اختلافهم في سبب ورود النص بوجود اليقين على المدعى عليه هل ذلك لانه مدعى عليه أو لانه في الاغلب أقوى شبهة فن قال لانه مدعى عليه قال القول قول رب المال ومن قال لانه أقواهما شبهة في الاغلب قال القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وأما الشافعي فمقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين في ثمن السلعة وهذا كاف في هذا الباب .

﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿كتاب المساقات﴾

(القول في المساقاة) اما أولاً في جوازها والثانى في معرفه الفساد والصحة فيها والثالث أحكامها .

﴿القول في جواز المساقاة﴾ فاما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والشافعى والثورى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحباً أى حنفية وأحمد وداود وهى عندهم مستثناة بالسنة من بيع مالم يخلق من الاجارة المجهولة وقال أبو حنيفة لا تجوز المساقاة أصلاً وعمدة الجمهور فى إجازتها حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : دفع الى يهود خيبر نخيل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شرط عمرها خرجه البخارى ومسلم وفى بعض رواياه أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما يخرج منه الارض والثمرة وما رواه مالك أيضاً من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر أقركم على ما أقركم الله على ان التمر بيننا وبينكم قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرج بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلى وكذلك مرسله أيضاً عن سليمان بن يسار فى معناه وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله فعمدتهم مخالفة هذا الاثر للاصول مع انه حكم مع اليهود واليهود يحتمل ان يكون أقرهم على انهم عبيد ويحتمل ان يكون أقرهم على انهم ذمة الا اذا أنزلنا انهم ذمة كان مخالفاً للاصول لانه يبيع مالم يخلق وأيضاً فانه من المزابنة وهو يبيع التمر بالتمر متفاضلاً لان القسمة بالخرص يبيع بالخرص واستدلوا على مخالفتهم للاصول بما روى فى حديث عبد الله بن رواحة انه كان يقول لهم عند الخرص ان شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين وان شئتم فلى وأضمن نصيبكم وهذا حرام باجماع وربما قالوا ان النهى الوارد عن الخبارة هو ما كان من هذا الفعل بخير والجمهور يرون ان الخبارة هى كراء الارض ببعض ما يخرج منها قالوا ومما يدل على نسخ هذا الحديث أو أنه خاص باليهود ما ورد من حديث رافع وغيره من النهى عن كراء الارض بما يخرج منها لان المساقاة تقتضى جواز ذلك وهو خاص أيضاً فى بعض

روايات أحاديث المساقاة ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعي أعني بما جاء من أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة وهي زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر

﴿ القول في صحة المساقاة ﴾ والنظر في الصحة راجع إلى النظر في أركانها وفي وقتها وفي شروطها المشتربة في أركانها وأركانها أربعة الحل مخصوص بها والجزء الذي تنعقد عليه وصفة العمل الذي تنعقد عليه والمدة التي تجوز فيها وتنعقد عليها .

﴿ الركن الأول في محل المساقاة ﴾ واختلفوا في محل المساقاة فقال داود لا تكون المساقاة إلا في النخل فقط وقال الشافعي في النخل والكرم فقط وقال مالك تجوز في كل أصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورية وتكون في الأصول غير الثابتة كاللقائي والبطيخ مع عجز صاحبها عنها وكذلك الزرع ولا تجوز في شيء من البقول عند الجميع إلا ابن دينار فإنه أجازها فيه إذا ثبتت قبل أن تستغل فعمدة من قصره على النخل أنها رخصة فوجب أن لا يتعدى بها محلها الذي جاءت فيه السنة . وأما مالك فرأى أنها رخصة ينقذ فيها سبب عام فوجب تعدية ذلك إلى الغير وقد يتأسس على الرخص عند قوم إذا فهم هنالك أسباب أعم من الأشياء التي علفت الرخص بالنص بها وقوم منعوا القياس على الرخص وأما داود فهو يمنع القياس على الجملة فالمساقاة على أصوله مطردة . وأما الشافعي فأنما أجازها في الكرم من قبل أن الحكم في المساقاة هو بالحرص وقد جاء في حديث عتاب بن أسيد الحكم بالحرص في النخل والكرم وإن كان ذلك في الزكاة فكانه قاس المساقاة في ذلك على الزكاة والحديث الذي ورد عن عتاب بن أسيد هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وأمره أن يحرص العنب وتؤدى زكاته زيباً كما تؤدى زكاة النخل تمر أو دفع داود حديث عتاب بن أسيد لأنه مرسل ولأنه أقره به عبد الرحمن بن اسحق وليس بالقوى . واختلفوا إذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع الثمار هل يجوز أن تساقى الأرض مع النخل بجزء من النخل أو بجزء من النخل وبجزء مما يخرج من الأرض فذهب إلى جواز ذلك طائفة وبه قال أصحابنا أبي حنيفة والليث وأحمد والثوري وابن أبي ليلى وجماعة وقال الشافعي وأهل الظاهر لا تجوز المساقاة إلا في الثمر فقط وأما مالك فقال إذا كانت الأرض تبعاً للثمر وكان الثمر أكثر ذلك فلا بأس بدخولها في المساقاة اشترط جزأ خارجاً منها أو لم يشترطه وحد ذلك الجزء بأن يكون الثلث فما دونه أعني أن يكون مقدار كراء الأرض الثلث من الثمر فما دونه ولم يجز أن

يشترط رب الارض ان يزرع الياض لنفسه لانها زيادة ازاداداعليه وقال الشافعي ذلك جائز وحجة من أجاز المساقاة عليهما جميعاً أعني على الارض بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر ان تقدم وحجة من لم يجز ذلك ما روى من النهي عن كراء الارض بما يخرج منها في حديث رافع بن خديج وقد تقدم ذلك وقال أحمد بن حنبل أحاديث رافع مضطربة اللفاظ وحديث ابن عمر أصح وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف وهو استحسان مبني على غير الاصول لان الاصول تقتضي انه لا يفرق بين الجائز من غير الجائز بالتقليل والكثير من الجنس الواحد ومنها اختلافهم في المساقاة في البقل فأجازها مالك والشافعي وأصحابه ومحمد بن الحسن وقال الليث لا تجوز المساقاة في البقل وإنما أجازها الجمهور لان العامل وان كان ليس عليه فيها سقي فيبقى عليه أعمال أخر مثل الابار وغير ذلك وأما الليث فيرى ان السقي بالماء هو الفعل الذي تنعقد عليه المساقاة ولكأنه وردت الرخصة فيها

(الركن الثاني)

وأما الركن الذي هو العمل فان العلماء بالجملة أجمعوا على أن الذي يجب على العامل هو السقي والابار واختلفوا في الجذاذ على من هو وفي سد الحظار وتنقية العين والسانية . أما مالك فقال في الموطن السنة في المساقاة التي تجوز لرب الحائط ان يشترطه سد الحظار وخم العين وشرب الشراب وإبار النخل وقطع الجريد وجذا الثمر هذا وأشباهه هو على العامل وهذا الكلام محتمل أن يفهم منه دخول هذه في المساقاة بالشرط ويمكن أن يفهم منه دخوله فيها بنفس العقد . وقال الشافعي ليس عليه سد الحظار لانه ليس من جنس ما يؤثر في زيادة الثمرة مثل الابار والسقي . وقال محمد بن الحسن ليس عليه تنقية السواقي والانهار . وأما الجذاذ فقال مالك والشافعي هو على العامل الا أن مالكا قال ان اشترطه العامل على رب المال جاز . وقال الشافعي لا يجوز شرطه وتنفسخ المساقاة ان وقع وقال أبو محمد بن الحسن الجذاذ بينهما نصفين وقال المحصلون من أصحاب مالك ان العمل في الحائط على وجهين عمل ليس له تأثير في اصلاح الثمر وعمل له تأثير في اصلاحها والذي له تأثير في اصلاحها منه ما يتأبد ويبقى بعد الثمر ومنه ما لا يبقى بعد الثمر فأما الذي له ليس له تأثير في اصلاح الثمر فلا يدخل في المساقاة لا بنفس العقد ولا بالشرط الا الشيء اليسير منه . وأما ما له تأثير في اصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط في المساقاة لا بنفس العقد مثل انشاء حفرة بئر أو انشاء ظفيرة للماء أو انشاء غرس أو انشاء بيت يحبني فيه الثمر . وأما ما له تأثير في اصلاح

الثر ولا يتأبد فهو لا زم بنفس العقد وذلك مثل الجفر والسقي وزر بالكرم وتقليم الشجر والتذكير والجداد وما أشبه ذلك وأجمعوا على أن ما كان في الحائط من الدواب والعبيد أنه ليس من حق العامل واختلفوا في شرط العامل ذلك على المساقى . فقال مالك يجوز ذلك فيما كان منها في الحائط قبل المساقاة . وأما أن اشترط فيها ما لم يكن في الحائط فلا يجوز . وقال محمد الشافعى لا بأس بذلك وإن لم يكن في الحائط وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك . وقال محمد ابن الحسن لا يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ووجه كراهيته ذلك ما يلحق في ذلك من الجهل بنصيب رب المال ومن أجازره رأى أن ذلك نافه ويسير ولتعدد الحكم بين هذين الأصلين استحسن مالك ذلك في الرقيق الذى يكون في الحائط في وقت المساقاة ومنعه في غيرهم لأن اشتراط المنفعة في ذلك أظهر وأما فرق محمد ابن الحسن لأن اشتراطهما على العامل هو من جنس ما وجب عليه من المساقاة وهو العمل بيده واتفق القائلون بالمساقاة على أنه إن كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل إلا ما يعمل بيده أن ذلك لا يجوز لأنهما جارة بما لم يخلق فهذه هي صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة .

(الركن الثالث)

وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفقا عليه من أجزاء الثمر فأجاز مالك أن تكون الثمرة كلها للعامل كما فعل في القراض وقد قيل إن ذلك منحة لا مساقاة وقيل لا يجوز واتفقوا على أنه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنائير ولا شيأ من الأشياء الخارجة عن المساقاة إلا الشيء اليسير عند مالك مثل سد الحظائر وإصلاح الظفيرة وهى مجتمع الماء ولا يجوز عند مالك أن يساقى على حائطين أحدهما على جزء والاخر على جزء آخر واحتج فعلة عليه السلام في خير وذلك أنه ساقى على حوائط مختلفة بجزء واحد وفيه خلاف وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقى في الثمر لا تكون إلا بالكيل وكذلك في الشركة وإنه لا تجوز بالخرص وأجاز قوم قسمتها بالخرص واختلف في ذلك أصحاب مالك واختلفت الرواية عنه فقيل يجوز وقيل لا يجوز من الثمار في الربوية ويجوز في غير ذلك وقيل يجوز باطلاق إذا اختلفت حاجة الشر يمين وحجة الجمهور أن ذلك يدخله الفساد من جهة المزبنة ويدخله بيع الرطب بالتمر وبيع الطعام بالطعام نسيئة وحجة من أجاز قسمتها بالخرص تشبيهها بالغريرة وبالخرص في الزكاة وفيه ضعف وأقوى ما اعتمدوا عليه

في ذلك ما جاء من الخرص في مساقاة خير من مرسل سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار .

* (الركن الرابع) *

وأما اشتراط الوقت في المساقاة فهو صنفان وقت هو مشروط في جواز المساقاة ووقت هو شرط في صحة العقد وهو المحدد لدلتها . فأما الوقت المشروط في جواز عقد ما فانهم اتفقوا على أنها تجوز قبل بدو الصلاح واختلفوا في جواز ذلك بعد بدو الصلاح فذهب الجمهور من التائلين بالمساقاة على أنه لا يجوز بعد الصلاح . وقال سحنون من أصحاب مالك لا بأس بذلك واختلف قول الشافعي في ذلك فمرة قال لا يجوز ومرة قال يجوز وقد قيل عنه أنها لا تجوز اذا خلق الثمر وعمدة الجمهور أن مساقاة ما بدو صلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية الى المساقاة اذا كان يجوز بيعه في ذلك الوقت قالوا وانما هي اجارة ان وقعت وحجة من أجازها أنه اذا جازت قبل أن يخلق الثمر فهي بعد بدو الصلاح اجوز ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول لانه يجوز بيعها أعني عند الجمهور . وأما الوقت الذي هو شرط في مدة المساقاة فان الجمهور على أنه يجوز أن يكون مجهولاً أعني مدة غير مؤقتة وأجاز طائفة أن يكون الى مدة غير مؤقتة منهم أهل الظاهر وعمدة الجمهور وما يدخل في ذلك من الثمر قياساً على الاجارة وعمدة أهل الظاهر ما وقع في مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم أقركم ما أقركم الله وكره ما كرهه الله فاما طال من السنين وانتضاء السنين فيها هو بالجدل بالاهلة . وأما هل اللفظ شرط في هذا العقد فاختلفوا في ذلك فذهب ابن القاسم الى أن من شرط صحته أن لا تنعقد الا بلفظ المساقاة وأنه ليس تنعقد بلفظ الاجارة وبه قال الشافعي وقال غيرهم تنعقد بلفظ الاجارة وهو قياس قول سحنون

* (القول في احكام الصحة) *

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض الذي ينعقد بالعمل لا باللفظ وهو عند مالك عقد موروث ولورثة المساقى أن يأثوا بأمين يعمل ان لم يكونوا أمناً وعليه العمل ان أبى الورثة من تركته . وقال الشافعي اذا لم يكن له تركته سلم الى الورثة رب المال أجره ما عمل وفسد العقد وان كانت له تركته لم يمته المساقاة . وقال الشافعي تنفسخ المساقاة بالعجز ولم يفصل . وقال مالك اذا عجز وقد حل بيع الثمر لم يكن له أن يساقى غيره ووجب عليه أن يستأجر من يعمل وان لم يكن له شيء استؤجر من حظه من الثمر واذا كان

العامل لصاً أو ظالماً ينسخ العقد بذلك عند مالك وحكى عن الشافعي أنه قال يلزمه أن يقيم غيره للعمل . وقال الشافعي إذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضي عليه من يعمل عمله ويجوز عند مالك أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ونصابهما عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله في الشركاء وإذا اختلف رب المال والعامل في مقدار ما وقعت عليه المساقاة من الثمر . فقال مالك القول قول العامل مع يمينه إذا أنى بما يشبهه . وقال الشافعي يتحالفان ويتناستخان وتكون للعامل الاجرة شبهة بالبيع وأوجب مالك اليمين في حق العامل لأنه مؤتمن ومن أصله أن اليمين تجب على أقوى المتداعيين شبهة وفروع هذا الباب كثيرة لكن التي اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هي هذه التي ذكرناها

(أحكام المساقاة الفاسدة)

واتفقوا على أن المساقاة إذا وقعت على غير الوجه الذي جوزها الشرع أنها تنفسخ ما لم تنفذ بالعمل واختلفوا إذا قامت بالعمل ماذا يجب فيها ف قيل إنها ترد إلى اجارة المثل في كل نوع من أنواع الفساد وهو قياس قول الشافعي وقياس إحدى الروايتين عن مالك وقيل إنها ترد إلى مساقاة المثل باطلاق وهو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك . وأما ابن القاسم فقال في بعضها ترد إلى مساقاة مثلها وفي بعضها إلى اجارة المثل واختلف التأويل عنه في ذلك ف قيل في مذهبه أنها ترد إلى اجارة المثل إلا في أربع مسائل فأنها ترد إلى مساقاة مثلها ، أحداها المساقاة في حائط فيه تمر قد أطمع ، والثانية إذا اشترط المساقى على رب المال أن يعمل معه ، والثالثة المساقاة مع البيع في صفقة واحدة ، والرابعة إذا ساقا في حائط سنة على الثلث وسنة على النصف وقيل إن الأصل عنده في ذلك أن المساقاة إذا ختم الفساد من قبل ما دخلها من الاجارة الفاسدة أو من بيع الثمر من قبل أن يبدو صلاحه وذلك مما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة رد فيها إلى اجرة المثل مثل أن يساقيه على أن يزيد أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم وذلك أن هذه الزيادة أن كانت من رب الحائط كانت اجارة فاسدة وإن كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل أن يخلق . وأما فساد من قبل الغر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد إلى مساقاة المثل وهذا كله استحسان جار على غير قياس وفي المسئلة قول رابع وهو أنه يرد إلى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه أن كان الشرط للمساقى أو اقل أن كان الشرط للمساقى وهذا كاف بحسب غرضنا .

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿كتاب الشركة﴾

والنظر في الشركة في أنواعها وفي أركانها الموجبة للصحة في الأحكام ونحن نذكر من هذه الأبواب ما اتفقوا عليه وما اشتهر الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه في هذا الكتاب والشركة بالجملة عند فقهاء المصار على أربعة أنواع . شركة العنان . وشركة الابدان . وشركة المفاوضة . وشركة الوجوه واحدة منها متفق عليها وهي شركة العنان وإن كان بعضهم لم يعرف هذا للفظ وإن كانوا اختلفوا في بعض شروطها على ما سيأتى بعد والثلاثة مختلف فيها ومختلف في بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها .

(القول في شركة العنان)

وأركان هذه الشركة ثلاثة . الاول محلها من الاموال . والثاني في معرفة قدر الربح من قدر المال المشترك فيه . والثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال .

﴿الركن الاول﴾

فأما محل الشركة فنه ما اتفقوا عليه ومنه ما اختلفوا فيه فاتفق المسامون على أن الشركة تجوز في الصنف الواحد من العين أعنى الدنانير والدرهم وإن كانت في الحقيقة بيعاً لا تقع فيه مناجزة ومن شرط البيع في الذهب وفي الدرهم المناجزة لكن الاجماع خصص هذا المعنى في الشركة وكذلك اتفقوا فيما أعلم على الشريكين بالعرضين يكونان بصفة واحدة واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين وبالعيون المختلفة مثل الشركة بالدنانير من أحدهما والدرهم من الآخر وبالطعام الربوي إذا كان صنفاً واحداً فهنا ثلاث مسائل .

﴿المسئلة الاولى﴾ فأما إذا اشترك في صنفين من العروض أو في عروض ودرهم أو دنانير فأجاز ذلك ابن القاسم وهو مذهب مالك وقد قيل عنه أنه كره ذلك وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع وذلك أن يكون العرضان مختلفين كان كل واحد منهما مباح

جزأ من عرضه بجزء من العرض الآخر ومالك يعتبر في العروض اذا وقعت فيها الشركة القيم والشافعي يقول لا تنعقد الشركة الا على ائتمان العروض وحكي أبو حامد أن ظاهر مذهب الشافعي يشير الى أن الشركة مثل القراض لا تجوز الا بالدرهم والدنانير . قال والقياس أن الاشاعة فيها تقوم مقام الخلط .

المسئلة الثانية ﴿ وأما ان كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحد هما والدرهم من عند الآخر أو بالطعامين المختلفين فاختلف في ذلك قول مالك فاجازه مرة ومنعه مرة وذلك لما يدخل الشركة بالدرهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف وعدم التناجز ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز وبالمنع قال ابن القاسم ومن لم يعتبر هذه العلل اجازها .

المسئلة الثالثة ﴿ وأما الشركة بالطعام من صنف واحد فاجازها ابن القاسم قياساً على اجماعهم على جوازها في الصنف الواحد من الذهب أو الفضة ومنعها مالك في أحد قولييه وهو المشهور بعدم المناجزة الذي يدخل فيه اذ رأى أن الاصل هو أن لا يقاس على موضع الرخصة بالاجماع وقد قيل ان وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تفتقر الى الاستواء في القيمة والبيع يفتقر الى الاستواء في الكيل فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد الى استواء القيمة والكيل وذلك لا يكاد يوجد فكره مالك ذلك فهذا هو اختلافهم في جنس محل الشركة واختلافها هل من شرط مال الشركة ان يختلط أو لا يختلط فقال مالك ان من شرط مالى الشركة ان يختلطاً اما حساً واما حكماً مثل أن يكونا في صندوق واحد وأيديهما مطلقة عليهما وقال الشافعي لا تصح الشركة حتى يخلط الما لهما خلطاً لا يتميز به مال احدهما من مال الآخر وقال أبو حنيفة تصح الشركة وان كان مال كل واحد منهما بيده فابو حنيفة اكتفى في انعقاد الشركة بالتول ومالك اشترط الى ذلك اشتراك التصرف في المال والشافعي اشترط الى هذين الاختلاط والفقهاء بالاختلاط يكون عمل الشريكين افضل وأتم لان التصح يوجد منه لشريك كما يوجد لنفسه فهذا هو القول في هذا الركن وفي شروطه .

﴿ فاما الركن الثاني ﴾ وهو وجه اقتسامهما الربح فانهم اتفقوا على أنه اذا كان الربح تابعاً لرؤس الاموال أعني ان كان أصل مالى الشركة متساويين كان الربح بينهما بنصفين واختلفوا هل يجوز ان يختلف رؤس اموالهما ويستويان في الربح فقال مالك والشافعي

ذلك لا يجوز وقال أهل العراق يجوز ذلك وعمدة من منع ذلك تشبيه الربح بالخسران فيجب أن لا
لو اشترط أحدهما جزأ من الخسران لم يجوز كذلك إذا اشترط جزأ من الربح خارجاً عن ماله
وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذي بين الشريكين أعني أن المنفعة بينهما تكون على نسبة
أصل الشركة وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض وذلك أنه لما جاز في القراض أن
يكون للعامل من الربح ما اصطالحا عليه والعامل ليس يجعل مقابله الأعمال فقط كان في الشركة
أخرى أن يجعل للعمل جزء من المال إذ كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملًا فيكون
ذلك الجزء من الربح مقابلاً للفضل عمله على عمل صاحبه فإن الناس يتفاوتون في العمل كما
يتفاوتون في غير ذلك .

﴿ وأما الركن الثالث ﴾ الذي هو العمل فإنه تابع كما قلنا عند مالك للمال فلا يعتبر بنفسه
وهو عند أبي حنيفة يعتبر مع المال وأظن أن من العلماء من لا يجوز الشركة إلا أن يكون مالا هما
متساويين التفاضل إلى العمل فانهم يرون أن العمل في الغالب مستوف إذا لم يكن المال بينهما على
التساوي كان هنالك غبن على أحدهما في العمل ولهذا قال ابن المنذر أجمع العلماء على جواز
الشركة التي يخرج فيها كل واحد من الشريكين مالا مثل مال صاحبه من نوعه أعني دراهم أو دنانير
ثم يخططانها حتى يصيرامالا واحداً لا يتميز على أن يبيعوا ويشترى بمارأيل من أنواع التجارة
وعلى أن ما كان من فضل فهو بينهما بنصنين وما كان من خسارة فهو كذلك وذلك إذا باع
كل واحد منهما بحضرة صاحبه واشترط هذا الشرط يدل على أن فيه خلافاً والمشهور عند
جمهوره أنه ليس من شرط الشركاء أن يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه .

*(القول في شركة المفاوضة) *

واختلفوا في شركة المفاوضة فانفق مالك وأبو حنيفة بالجملة على جوازها وإن كانا يختلفوا في
بعض شروطها وقال الشافعي لا يجوز ومعنى شركة المفاوضة أن يفوض كل واحد من
الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره وذلك واقع عندهم في جميع أنواع
المعاملات وعمدة الشافعي أن اسم الشركة إنما ينطبق على اختلاط الأموال فإن الأرباح
فروع ولا يجوز أن تكون القروع مشتركة إلا باشتراك أصولها وأما إذا اشترط كل واحد
منهما بما لصاحبه في ملك نفسه فذلك من العرر ومما لا يجوز وهذه صفة شركة المفاوضة
وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزأ من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل
واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذي بقي في يده والشافعي يرى أن الشركة ليست

هي بية أو وكالتو أما أبو حنيفة فهو ما هنا على أصله في أنه لا يراعى في شركة العنان إلا التقطع
وأما ما يختلف فيه مالك وأبو حنيفة من شروط هذه الشركة فإن أبا حنيفة يرى أن من شرط
المفاوضة التساوى في رؤس الأموال وقال مالك ليس من شرطها ذلك تشبيها بشركة العنان
وقال أبو حنيفة لا يكون لأحد هماشي إلا أن يدخل في الشركة وعمدتهم أن اسم المفاوضة
يقتضى هذين الأمرين أعنى تساوى المالكين وتعميم ملكهما .

(القول في شركة الابدان)

وشركة الابدان بالجملة عند أبي حنيفة والمالكية جائزة ومنع منها الشافعي وعمدة الشافعية
أن الشركة إنما تختص بالأموال لا بالأعمال لأن ذلك لا ينضبط فهو غرر عندهم إذا كان عمل
كل واحد منهم ما مجهولاً عند صاحبه وعمدة المالكية اشتراك الغائبين في الغنمة وهم
إنما استحقوا ذلك بالعمل وما روى من أن ابن مسعود شارك سعداً يوم بدر فأصاب
سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئاً فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم عليهما وأيضاً
فإن المضاربة إنما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة وللشافعي أن المفاوضة خارجة
عن الأصول فلا يقاس عليها وكذلك يشبه أن يكون حكم الغنمة خارجاً عن الشركة ومن
شرطها عند مالك اتفاق الصنعين والمكان وقال أبو حنيفة تجوز مع اختلاف الصنعين
فيشترك عنده الدباغ والقصار ولا يشتركان عند مالك وعمدة مالك زيادة الغرر الذي يكون
عند اختلاف الصنعين أو اختلاف المكان وعمدة أبي حنيفة جواز الشركة على العمل .

(القول في شركة الوجوه)

وشركة الوجوه عند مالك والشافعي باطلة وقال أبو حنيفة هي جائزة وهذه الشركة هي الشركة
على الذمم من غير صنعة ولا مال وعمدة مالك والشافعي أن الشركة إنما تتعلق على المال أو على
العمل وكلاهما معدومان في هذه المسئلة مع ما في ذلك من الغرر لأن كل واحد منهما عاوض
صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص وأبو حنيفة يعقد أنه عمل من الأعمال
فجاز أن تنعقد عليه الشركة .

(القول في أحكام الشركة الصحيحة)

وهي من العقود الجائزة لا من العقود اللازمة أي لا أحد الشريكين ان ينفصل من الشركة متى شاء وهي عقد غير موروث ونقتهما وكسوتهما من مال الشركة اذا اتقار باقى العيال ولم يخرجها عن ثقة مثلها ويجوز لا أحد الشريكين ان يبضع وان يتارض وان يودع اذا دعت الى ذلك ضرورة ولا يجوز له أن يهب شيئاً من مال الشركة ولا ان يتصرف فيه الا تصرفاً يرى أنه نظر لهما . وأما من قصر في شيء أو تعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض فانه يضمن لانه قصر اذ لم يشهد وله أن يقبل الشيء المعيب في الشراء واقرار أحد الشريكين في مال لمن يتمم عليه لا يجوز ونحو زافالته وتوليته ولا يضمن أحد الشريكين ما ذهب من مال التجارة باتفاق ولا يجوز للشريك المفاوض ان يتارض غيره الا باذن شريكه ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيما له وفيما عليه في مال التجارة وفروع هذا الباب كثيرة .

—*—

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ﴾

(كتاب الشفعة)

والنظر في الشفعة أولاً في قسمين * القسم الاول في تصحيح هذا الحكم وفي اركانه * القسم الثاني في أحكامه .

(القسم الأول)

فاما وجوب الحكم بالشفعة فالمسلمون متفقون عليه لما ورد في ذلك من الاحاديث الثابتة وأركانها ، أربعة الشافع ، والمشفوع عليه ، والمشفوع فيه ، وصفة الاخذ بالشفعة

(الركن الأول)

وهو الشافع ذهب مالك والشافعي وأهل المدينة الى أن لا شفعة الا للشريك ما لم يقاسم وقال أهل العراق الشفعة مرتبة فالولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ثم الشريك المقاسم اذا

بقيت في الطريق أو في الصحن شركة ثم الجار الملاصق وقال أهل المدينة لا شفعة للجار ولا للشريك المقاسم وعمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة وحديث جابر أيضاً أن رسول الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة خرجه مسلم والترمذي وأبو داود وكان أحمد بن حنبل يقول حديث معمر عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن مالك أصبح ماروى في الشفعة وكان ابن معين يقول مرسل مالك أحب إلى إذا كان مالك إنما رواه عن ابن شهاب موقوفاً وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب في استناده توهيناً له وقد روى عن مالك في غير الموطأ عن ابن شهاب عن أبي هريرة ووجه استدلالهم من هذا ألا ترمأ ذكر فيه من أنه إذا وقعت الحدود فلا شفعة وذلك أنه إذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهي أخرى أن لا تكون واجبة للجار وأيضاً فإن الشريك المقاسم هو جار إذا قاسم وعمدة أهل العراق حديث ابن رافع عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الجار أحق بصقبة وهو حديث متفق عليه وخرج الترمذي وأبو داود عنه عليه السلام أنه قال: جار الدار أحق بدار الجار وصححه الترمذي ومن طريق المعنى لهم أيضاً أنه لما كانت الشفعة إنما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة وكان هذا المعنى موجوداً في الجار وجب أن يلحق به ولاهل المدينة أن يقولوا وجود الضرر في الشركة أعظم منه في الجوار وبالجملة فعمدة المالكية أن الأصول تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه وأن من اشترى شيئاً فلا يخرج من يده إلا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص وقد تعارضت الآثار في هذا الباب فوجب أن يرجح ما شهدت له الأصول والحكايا القولين سلف متقدم لاهل العراق من التابعين ولاهل المدينة من الصحابة .

* (الركن الثاني) *

وهو المشفوع فيه اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور والعقار والارضين كلها واختلفوا فيما سوى ذلك فتحصيل مذهب مالك أنها في ثلاثة أنواع، أحدها مقصود وهو العقار من الدور والخوانيت والبساتين، والثاني ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا يتقل ولا يحول وذلك كالبر ومحال التخل مادام الأصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه وهو أن يكون الأصل الذي هو الأرض مشاعاً بينه وبين شريكه غير مقسوم، والثالث ما يتعلق بهذه كالثمار

وفيه اعنه خلافى وكذلك كراء الارض للزرع وكتابة المكاتب واختلف عنه فى الشفعة فى الحمام والرحا وأما ماعدى هذا من العروض والحیوان فلا شفعة فيها عنده وكذلك لا شفعة عنده فى الطريق ولا فى عرصۃ الدار واختلف عنه فى اكریة الدور وفى المساقاة وفى الدين هل يكون الذى علیه الدين أحق به وكذلك الذى علیه الكتابة وبه قال عمر بن عبد العزيز وروى أن رسول الله صلى الله علیه وسلم قضى بالشفعة فى الدين وبه قال أشهب من أصحاب مالك وقال ابن القاسم لا شفعة فى الدين ولم يختلفا فى إيجابها فى الكتابة لحرمة العتق وقتیاء الامصار أن لا شفعة الا فى العتاق فقط وحكى عن قوم ان الشفعة فى كل شئ ماعدى المكيل والموزون ولم يحز أبو حنيفة الشفعة فى البئر والفحل وأجازها فى العرصۃ والطريق ووافق الشافعى مالكا فى العرصۃ وفى الطريق وفى البئر وخالفاه جميعا فى النمار وعمدة الجمهور فى قصر الشفعة على العتاق ما ورد فى الحديث الثابت من قوله علیه السلام: الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فكانه قال الشفعة فيما تمكن فيه القسمة مادام لم يقسم وهذا استدلال بدلیل الخطاب وقد أجمع علیه فى هذا الموضع فقهاء الامصار مع اختلافهم فى صحة الاستدلال به . وأما عمدة من أجازها فى كل شئ فإخراجه الترمذى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله علیه وسلم قال الشريك شفعى والشفعة فى كل شئ ولان معنى ضرر الشراكة والجوار موجود فى كل شئ وإن كان فى العتاق أظهر ولما لحظ هذا مالك أجرى ما يتبع العتاق بحرى العتاق فاستدل أبو حنيفة على منع الشفعة فى البئر بما روى : لا شفعة فى بئر ومالك حمل هذا الاثر على آثار الصحارى التى تعمل فى الارض الموات لا التى تكون فى أرض مملوكة .

* (الركن الثالث) *

وأما المشفوع علیه فانهم اتفقوا على أنه من انتقل اليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أو من جار عنده من رى الشفعة للجار واختلفوا فيما انتقل اليه الملك بغير شراء فالمشهور عن مالك ان الشفعة انما تجب اذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وارث الجنایات وغير ذلك وبه قال الشافعى وعنه رواية ثانية انها تجب بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض كالهبة لغير الثواب والصدقة ماعدا الميراث فانه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق . وأما الحنفية فالشفعة عندهم فى المبيع فقط وعمدة الحنفية ظاهر الا حادىث وذلك ان مفهومها يقتضى انها فى المبيعات بل ذلك نص فيها لان فى بعضها فلا بيع حتى يستأذن

شريكه . وأما المالكية فرأت ان كل ما انتقل بعوض فهو في معنى البيع ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط . وأما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند أبي حنيفة ولا الشافعي أما أبو حنيفة فلان الشفعة عنده في المبيع فقط وأما الشافعي فلان هبة الثواب عنده باطلة وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه في أن الشفعة فيها واجبة واتفق العلماء على أن المبيع الذي بالخيار انه اذا كان الخيار فيه للبائع ان الشفعة لا تجب حتى يجب البيع واختلقوا اذا كان الخيار للمشتري فقال الشافعي والكوفيون الشفعة واجبة عليه لان البائع قد صرح الشقص عن ملكه وأبانه منه وقيل ان الشفعة غير واجبة عليه لانه غير ضامن وبه قال جماعة من أصحاب مالك واختلف في الشفعة في المساقاة وهي تبديل أرض بأرض فعن مالك في ذلك ثلاث روايات الجواز والمنع والثالث أن تكون المناقاة بين الاشراك أو الاجانب فلم يرها في الاشراك ورأها في الاجانب .

(الركن الرابع في الاخذ بالشفعة)

والنظر في هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع وكما يأخذ ومتى يأخذ فاما بماذا يأخذ فانهم اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالثمن ان كان حالا واختلقوا اذا كان البيع الى أجل هل يأخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الاجل أو يأخذ المبيع بالثمن حالا أو هو مخير فقال مالك يأخذه بذلك الاجل اذا كان مليا أو يأتي بضامن ملي وقال الشافعي الشفيع مخير فان عجل تعجلت الشفعة والانتأخر الى وقت الاجل وهو نحو قول الكوفيين وقال الثوري لا يأخذها الا بالنقد لانها قد دخلت في ضمان الاول قال ومن امن يقول تبتى في يد الذي باعها فاذا بلغ الاجل أخذها الشفيع والذين رأوا الشفعة في سائر المعاوضات مما ليس ببيع فالمعلوم عنهم انه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص ان كان العوض مما ليس يتقدر مثل ان يكون معطى في خلع واما ان يكون معطى في شيء يتقدر ولم يكن دنائير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلا ولا موز وناقاه يأخذه بقيمة ذلك الشيء الذي دفع الشقص فيه وان كان ذلك الشيء محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر مثل أن يدفع الشقص في موضحة وجبت عليه أو منقلة فانه يأخذ به بدية الموضحة أو المنقلة . وأما كم يأخذ فان الشفيع لا يخلو أن يكون واحداً أو أكثر والمشفوع عليه أيضاً لا يخلو أن يكون واحداً أو أكثر فاما ان كان الشفيع واحداً والمشفوع عليه واحداً فلا خلاف في ان الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع . وأما اذا كان المشفوع عليه

واحد أو الشفعاء أكثر من واحد فانهم اختلفوا من ذلك في موضعين ، أحدهما في كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم ، والثاني اذا اختلفت أسباب شركتهم هل يجب بعضهم بعضاً عن الشفعة أم لا مثل أن يكون بعضهم شركاء في المال الذي ورثوه لا أنهم أهل سهم واحد وبعضهم لا أنهم عصبة .

(فأما المسئلة الاولى)

وهي كيفية توزيع المشفوع فيه فان مالكا والشافعي وجمهور أهل المدينة يقولون ان المشفوع فيه يقتصمونونه بينهم على قدر حصصهم فن كان نصيبهم من أصل المال الثلث مثلاً أخذ من الشقص بثلث الثمن ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع وقال الكوفيون هي على عدد الرؤس على السواء وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ الا كبر وذو الحظ الا صغر وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم فوجب ان يتوزع على مقدار الاصل أصله الا كرية في المستأجرات المشتركة والربح في شركة الاموال وأيضاً فان الشفعة إنما هي لازالة الضرر والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء لانه إنما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته فوجب ان يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة وعمدة الحنفية ان وجوب الشفعة إنما يلزم بنفس الملك فيستوى في ذلك أهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم في نفس الملك و ربما شبهوا ذلك بالشركاء في العبد يعتق بعضهم نصيبه أنه يقوم على المعتقين على السوية أعنى حظ من لم يعتق

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فان الفقهاء اختلفوا في دخول الاشراك الذين هم عصبة في الشفعة مع الاشراك الذين شركتهم من قبل السهم فقال مالك أهل السهم الواحد أحق بالشفعة اذا باع أحدهم من الاشراك معهم في المال من قبل التعصيب وانه لا يدخل ذو والعصبة في الشفعة أهل السهام المقدرة ويدخل ذو السهام على ذوى التعصيب مثل ان يموت ميت فترك عقاراً ترثه عنه بنتان وابنا عم ثم يبيع البنت الواحدة حظها فان البنت الثانية عند مالك هي التي تشفع في ذلك الحظ الذي باعته اختها فقط دون ابني العم وان باع أحد ابني العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثاني وبهذا القول قال ابن القاسم وقال أهل الكوفة لا يدخل ذو السهام على العصبات ولا العصبات على ذوى الاسهام ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة وبه قال أشهب وقال الشافعي في أحد قوليه يدخل ذوو السهام على العصبات والعصبات على

ذوى السهام وهو الذى اختار المزدنى وبه قال المغيرة من أصحاب مالك وعمدة مذهب الشافعى
 عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ولم يفصل ذوى سهم من عصبة ومن
 خصص ذوى السهام من العصبات فلانه رأى ان الشركة مختلفة الاسباب أعنى بين ذوى
 السهام وبين العصبات فتشبه الشركات المختلفة الاسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها
 الذى هو المال بالقسمة بالاموال ومن ادخل ذوى السهام على العصبة ولم يدخل العصبة على
 ذوى السهام فهو استحسان على غير قياس ووجه الاستحسان انه رأى ان ذوى السهام
 اقدم من العصبة . وأما اذا كان المشفوع عليهما اثنين فاكثروا زاد الشفيع ان يشفع على
 أحدهما دون الثانى فقال ابن القاسم إما ان يأخذ الكل أو يدع وقال أبو حنيفة وأصحابه
 والشافعى لئلا يشفع على أيهما أحب وبه قال أشهب . فاما اذا باع رجلان شقة من رجل
 فاداد الشفيع ان يشفع على أحدهما دون الثانى فان أباحنفة منع ذلك وجوزة الشافعى . وأما
 اذا كان الشافعون أكثر من واحد أعنى الاشراك فأراد بعضهم ان يشفع وسلم له الباقي في
 البيوع فالجمهور على ان للمشتري ان يقول للشريك إما ان تشفع في الجميع أو تترك وانه
 ليس له ان يشفع بحسب حظه الا ان يوافقه المشتري على ذلك وانه ليس له ان يبيع بعض الشفعة
 على المشتري ان لم يرض بتبعضها وقال أصبغ من أصحاب مالك ان كان ترك بعضهم الاخذ
 بالشفعة رفقا للمشتري لم يكن للشفيع الا ان يأخذ حصته فقط ولا خلاف في مذهب مالك انه
 اذا كان بعض الشفعاء غائباً وبعضهم حاضراً فأراد الحاضر ان يأخذ حصته فقط انه ليس له
 ذلك الا ان يأخذ الكل أو يدع فاذا قدم الغائب فان شاء أخذ وان شاء ترك واتفقوا على ان
 من شرط الاخذ بالشفعة ان تكون الشركة متقدمة على البيع واختلفوا هل من شرطها ان
 تكون موجودة في حال البيع وان تكون ثابتة قبل البيع . فأما المسئلة الاولى وهى
 اذا لم يكن شريكاً في حال البيع وذلك يتصور بان يكون يتراخى عن الاخذ بالشفعة بسبب
 من الاسباب التى لا يقطع له الاخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذى كان به شريكاً فروى
 أشهب ان قول مالك يختلف في ذلك فمرة قال له الاخذ بالشفعة ومرة قال ليس له ذلك
 واختار أشهب أنه لا شفعة له وهو قياس قول الشافعى والكوفيين لان المقصود
 بالشفعة انما هو ازالة الضرر من جهة الشركة وهذا ليس بشريك وقال ابن القاسم له
 الشفعة اذا كان قيامه في أثره لانه يرى ان الحق الذى وجب له لم يرتفع ببيع حظه .
 واما المسئلة الثانية فصورتها ان يستحق انسان شقة من أرض قد بيع منها قبل

وقت الاستحقاق شقص ما حل له ان يأخذ بالشفعة أم لا فقال قوم لذلك لانه وجبت له
الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ولا فرق في ذلك كانت يده عليه أو لم تكن وقال قوم لا تجب له
الشفعة لانه انما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق قالوا الا ترى انه لا يأخذ الغلة من المشتري
فاما مالك فقال ان طال الزمان فلا شفعة وان لم يطل فقيه الشفعة وهو استحسن . وأما من
يأخذ وهو له الشفعة فان الذي له الشفعة رجلان حاضر أو غائب . فاما الغائب فاجمع العلماء
على ان الغائب على شفيعته ما لم يعلم ببيع شريكه واختلفوا اذا علم وهو غائب فقال قوم تسقط
شفيعته وقال قوم لا تسقط وهو مذهب مالك والحجة له ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم
من حديث جابر انه قال: الجار أحق بصيقبه أو قال بشفيعته ينتظر بها اذا كان غائباً وأيضاً فان
الغائب في الاكثر معوق عن الاخذ بالشفعة فوجب عذره وعمدة الفريق الثاني ان سكوتهم مع
العلم قرينة تدل على رضاه باسقاطها . وأما الحاضر فان التقهات اختلفوا في وقت وجوب
الشفعة له فقال الشافعي وأبو حنيفة هي واجبة له على الفور بشرط العلم وامكان الطلب فان علم
وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفيعته الا أن أبا حنيفة قال ان أشهد بالالاخذ لم تبطل وان تراخى
وأما مالك فليست عنده على الفور بل وقت وجوبها متسع واختلف قوله في هذا الوقت هل
هو محدود أم لا فرة قال هو غير محدود وانها لا تنقطع أبداً الا ان يحدث المبتاع بناء أو تغييراً
كثيراً يعرفه وهو حاضر عالم ساكت ومرة حدد هذا الوقت فروى عنه السنة وهو الا شهر
وقيل أكثر من سنة وقد قيل عنه ان الخمسة الاعوام لا تنقطع فيها الشفعة واحتج الشافعي بما
روى أنه عليه الصلاة والسلام: قال الشفعة كحل العقال وقد روى عن الشافعي ان أمدها
ثلاثة أيام وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتد على أن السكوت لا يبطل حق امرئ مسلم
ما لم يظهر من قرائن أحواله ما يدل على اسقاطه وكان هذا أشبهه باصول الشافعي لان عنده
أنه ليس يجب ان ينسب الى ساكت قول قائل وان اقترنت به أحوال تدل على رضاه ولكنه
فما أحسب اعتمد الاثر فهذا هو القول في اركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقي القول
في الاحكام .

﴿ القسم الثاني ﴾

﴿ القول في أحكام الشفعة ﴾ وهذه الاحكام كثيرة ولكن نذكر منها ما اشتهر فيه الخلاف
بين فقهاء الامصار فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة فذهب الكوفيون الى انه

لا يورث كإنه لا يباع وذهب مالك والشافعي وأهل الحجاز الى انها موروثة قياسا على الاموال
وقد تقدم سبب الخلاف في هذه المسائل في مسألة الرد بالعيب ومنها اختلافهم في عهدة
الشفيع هل هي على المشتري أو على البائع فقال مالك والشافعي هي على المشتري وقال ابن أبي
ليلى هي على البائع وعمدة مالك ان الشفعة إنما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشتري
وصحته فوجب ان تكون عليه العهدة وعمدة القريظ الآخر ان الشفعة إنما وجبت للشريك
بنفس البيع فطر وها على البيع فسخ له وعقد لها وأجمعوا على ان الاقالة لا تبطل الشفعة من
رأى أنها بيع ومن رأى أنها فسخ أعنى الاقالة واختلف أصحاب مالك على من عهدة الشفيع
في الاقالة فقال ابن القاسم على المشتري وقال أشهب هو مخير ومنها اختلافهم اذا أجدت
المشتري بناء أو غرساً أو ما يشبهه في الشقص قبل قيام الشفيع ثم قام الشفيع يطالب شفيعته
فقال مالك لا شفعة الا ان يعطى المشتري قيمة ما بنى وما غرس وقال الشافعي وأبو حنيفة هو
متعدو للشفيع ان يعطيه قيمة بناءه متلوفاً أو يأخذه بنقصه * والسبب في اختلافهم تردد
تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف
المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى في الارض وغرس وذلك انه وسط بينهما فن
غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له ان يأخذ القيمة ومن غلب عليه شبه التعدي قال له ان
يأخذه بنقصه أو يعطيه قيمته منقوضاً ومنها اختلافهم اذا اختلف المشتري والشفيع في
مبلغ الثمن فقال المشتري اشتريت الشقص بكذا وقال الشفيع بل اشتريته بأقل ولم يكن
لواحد منهما بينة فقال جمهور الفقهاء القول قول المشتري لان الشفيع مدع والمشفوع عليه
مدعى عليه وخالف في ذلك بعض التابعين فقالوا القول قول الشفيع لان المشتري قد أقر له
بوجوب الشفعة وادعى عليه مقداراً من الثمن لم يعترف له به . وأما أصحاب مالك فاختلفوا في
هذه المسئلة فقال ابن القاسم القول قول المشتري اذا أتى بما يشبه باليمين فان أتى بما لا يشبه
فالقول قول الشفيع وقال أشهب اذا أتى بما يشبه فalcول قول المشتري باليمين وفيما لا يشبه
باليمين وحكى عن مالك انه قال اذا كان المشتري ذا سلطان يعلم بالعادة انه يزيد في الثمن قبل قول
المشتري بغير يمين وقيل اذا أتى المشتري بما لا يشبه رد الشفيع الى القيمة وكذلك فيما أحسب
اذا أتى كل واحد منهما بما لا يشبه واختلفوا اذا أتى كل واحد منهما ببينة وتساوت في العدالة
فقال ابن القاسم يسقطان معا ويرجع الى الاصل من أن القول قول المشتري مع يمينه وقال
أشهب البينة بينة المشتري لانهازادت عليها .

(الفصل الاول)

فاما الرابع والاصول فيجوز ان تقسم بالتراضي وبالسهمه اذا عدلت بالقيمة اتفق أهل العلم على ذلك اتما فاجملا وان كانوا اختلفوا في محل ذلك وشروطه والتسمة لا تخلوا أن تكون في محل واحد او في محال كثيرة فاذا كانت في محل واحد فلا خلاف في جوازها اذا انقسمت الى أجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الاجزاء بالا تقسام ويجبر الشركاء على ذلك . واما اذا انقسمت الى مالا منفعة فيه فاختلاف في ذلك مالك وأصحابه فقال مالك انها تنقسم بينهم اذا دعى أحدهم لذلك ولو لم يصر لواحد منهم الا مالا منفعة فيه مثل قدر القدم وبد قال ابن كنانة من أصحابه فقط وهو قول ابى حنيفة والشافعي وعمدتهم في ذلك قوله تعالى « مما قل منه أو أكثر نصيبا مفروضا » وقال ابن القاسم لا يقسم الا أن يصير لكل واحد في حظه ما ينتفع به من غير مضرة داخلة عليه في الانتفاع من قبل القسمة وان كان لا يراعى في ذلك نقصان الثمن وقال ابن الماجشون يقسم اذا صار لكل واحد منهم ما ينتفع به وان كان من غير جنس المنفعة التي كانت في الاشتراك او كانت أقل وقال مطرف من أصحابه ان لم يصر في حظ كل واحد ما ينتفع به لم يقسم وان صار في حظ بعضهم ما ينتفع به وفي حظ بعضهم مالا ينتفع به قسم وجبر واعلى ذلك سواء دعا الى ذلك صاحب النصيب القليل او الكثير وقيل يجبر ان دعا صاحب النصيب القليل ولا يجبر ان دعا صاحب النصيب الكثير وقيل بعكس هذا وهو ضعيف واختلافوا من هذا الباب فيما اذا قسم انتقلت منفعته الى منفعة أخرى مثل الحمام فقال مالك يقسم اذا طلب ذلك أحد الشريكين وبه قال أشهب وقان ابن القاسم لا يقسم وهو قول الشافعي فعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى « مما قل منه أو أكثر نصيبا مفروضا » ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن أبيه : لا تعضية على اهل الميراث الا ما حمل القسم والتعضية التفرقة يقول لا قسمة بينهم وأما اذا كانت الرابع أكثر من واحد فانها لا تخلو أيضا ان تكون من نوع واحد او مختلفة الانواع فاذا كانت متفقة نهاء الامصار في ذلك مختلفون فقال مالك اذا كانت متفقة الانواع قسمت مدبل والسهمه وقال ابو حنيفة والشافعي بل يقسم كل عقار على حدة فعمدة مالك سررا داخل على الشركاء من القسمة وعمدة الفريق الثاني ان كل عقار قائم بنفسه يلق به الشفعة واختلف اصحاب مالك اذا اختلفت الانواع المتفقة في النفاق وان كانت مواضعها على ثلاثة أقوال . واما اذا كانت الرابع مختلفة مثل ان يكون منها دور ومنها

حوائط ومنها أرض فلا خلاف انه لا يجمع في القسمة بالسهمه ومن شرط قسمة الحوائط
 المثمرة ان لا تنقسم مع الثمرة اذ ابد اصلاحها باتفاق في المذهب لانه يكون بيع الطعام بالطعام على
 رؤس الثمر وذلك من ائنة . واما قسمتها قبل بدو الصلاح فقيه اختلاف بين اصحاب مالك
 اما ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الابار بحال من الاحوال ويعتدل لذلك لانه يؤدي الى بيع
 طعام بطعام متفاضلا ولذلك زعم انه لم يجز مالك شراء الثمر الذي لم يطب بالطعام لا نسيئة ولا
 نقد او امان كان بعد الابار فانه لا يجوز عنده الا بشرط ان يشترط أحدهما على الآخر
 ان ما وقع من الثمر في نصيبه فهو داخل في القسمة وما لم يدخل في نصيبه فهو فيه على الشركة
 والعلة في ذلك عنده انه يجوز اشتراط المشتري الثمر بعد الابار ولا يجوز قبل الابار فكان
 أحدهما المشتري حظ صاحبه من جميع الثمرات التي وقعت له في القسمة بحظه من
 الثمرات التي وقعت لشريكه واشترط الثمر وصفة القسم بالقرعة ان تقسم القرية وتحقق
 وتضرب ان كان في سهامها كسر الى أن تصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل
 نوع من غراسها ثم يعدل على أقل السهام بالقيمة فربما عدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء
 من موضع آخر على قيم الارضين ومواضعها فاذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت
 في بطائق اسماء الاشراك واسماء الجهات فنخرج اسمه في جهة أخذ منها وقيل يرمى بالاسماء
 في الجهات فنخرج اسمه في جهة أخذ منها فان كان أكثر من ذلك السهم ضوعف له حتى
 يتم حظه فهذه هي حال قرعة السهم في الرقاب والسهمه انما جعلها الفقهاء في القسمة تطيباً
 لنفوس المتقاسمين وهي موجودة في الشرع في مواضع منها قوله تعالى (فساهم فكان من
 المدحضين) وقوله (وما كنت لديهم اذ يلقون اقلامهم أيهم يكفل مريم) ومن ذلك الاثر الثابت
 الذي جاء فيه أن رجلاً اعتق ستة أعبد عند موته فاسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم
 فاعتق ثلث ذلك الرقيق . وأما القسمة بالتراضي سواء كانت بعد تعديل وتقويم أو بغير تقويم
 وتعديل فتجوز في الرقاب المتفقة والمختلفة لانها بيع من البيوع وانما يحرم فيها ما يحرم في
 البيوع .

* (الفصل الثاني في العروض) *

وأما الحيوان والعروض فاتفق الفقهاء على انه لا يجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل في
 ذلك واختلفوا إذا تشاح الشريك في العين الواحدة منهما ولم يتراضيا بالانتفاع بها على
 الشيعاء وأراد أحدهما أن يبيع صاحبه معه فقال مالك وأصحابه يجبر على ذلك فان أراد أحدهما

أن يأخذه بالقيمة التي اعطى فيها أخذه وقال أهل الظاهر لا يجوز لأن الأصول تقتضى أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا بدليل من كتاب أو سنة أو إجماع ووجه مالك أن في ترك الاجبار ضرراً وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا في غير ما موضع أنه ليس يقول به أحد من فقهاء الأمصار إلا مالك ولكنه كالضرورة في بعض الأشياء . وأما إذا كانت العروض أكثر من جنس واحد فاتفق العلماء على قسمتها على التراضي واختلفوا في قسمتها بالتعديل والسهمه فأجازها مالك وأصحابه في الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز بن أبي سلمة وابن الماجشون واختلف أصحاب مالك في تمييز الصنف الواحد الذي تجوز فيه السهمه من التي لا تجوز فاعتبره أشهب بما لا يجوز تسليم بعضه في بعض . وأما ابن القاسم فاضطرب فرة أجاز القسم بالسهمه فيما يجوز تسليم بعضه في بعض فجعل القسمه أخف من السلم ومرة منع القسمه فيما منع فيه السلم وقد قيل أن مذهبه أن القسمه في ذلك أخف وإن مسائله التي يظن من قبلها أن القسمه عنده أشد من السلم تقبل التأويل على أصله الثاني وذهب ابن حبيب إلى أنه يجمع في القسمه ما تقارب من الصنفين مثل الخبز والحريز والقطن والكتان وأجاز أشهب جمع صنفين في القسمه بالسهمه مع التراضي وذلك ضعيف لأن الفرر لا يجوز بالتراضي .

﴿ الفصل الثالث ﴾

فأما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة باتفاق إلا ما حكى اللخمي والمكيل أيضاً لا يخلو أن يكون صيرة واحدة أو صيرتين فرائد أفان كان صنفاً واحداً فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالمكيل أو الوزن إذا دعى إلى ذلك أحد الشرعيين ولا خلاف في جواز قسمته على التراضي على التفضيل البين كان ذلك من الربوي أو من غير الربوي أعني الذي لا يجوز فيه التفاضل ويجوز ذلك بالمكيل المعلوم والمجهول ولا يجوز قسمته جزافاً بغير كيل ولا وزن . وأما إن كانت قسمته تحريفاً فميسل لا يجوز في المكيل ويجوز في الموزون ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل في جواز بيعه تحريفاً وأما إن لم يكن ذلك من صيرة واحدة وكان صنفين فإن كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل فلا تجوز قسمته على جهة الجمع إلا بالمكيل المعلوم فيما يكال وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن لأنه إذا كان بمكيل مجهول لم يدر كم يحصل فيه من الصنف الواحد إذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم وهذا كله على مذهب مالك لأن أصل مذهبه أنه يحرم التفاضل في الصنفين إذا اتقاربت منافعهما مثل القمح والشعير . وأما إن كان مما يجوز

فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل البين المعروف بالميكال المعروف أو الصنجة المعروفة أعنى على جهة الجمع وإن كانا صنفين وهذا الجواز كله فى المذهب على جهة الرضا. وأما فى واجب الحكم فلا تنقسم كل صبرة الا على حدة واذا قسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالميكال المعلوم والمجهول فهذا كله هو حكم القسمة التى تكون فى الرقاب

﴿ القول فى القسم الثانى وهو قسمة المنافع ﴾

فأما قسمة المنافع فانها لا تجوز بالسهمه على مذهب ابن القاسم ولا يجبر عليها من أبائها ولا تكون القرعة على قسمة المنافع ومذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أنه يجبر على قسمة المنافع وقسمة المنافع هى عند الجميع بالمأياة وذلك إما بالازمان وإما بالاعيان. أما قسمة المنافع بالازمان فهو أن ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه. وأما قسم الاعيان بأن يتسما الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة وفى المذهب فى قسمة المنافع بالزمان اختلاف فى تحديد المدة التى تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاغتلال أو الا انتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الارض وذلك أيضاً فيما ينقل ويحول أولاً ينقل ولا يحول فأما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عندما مالك وأصحابه فى المدة الكثيرة ويجوز فى المدة اليسيرة وذلك فى الاغتلال والانتفاع وأما فيما لا ينقل ولا يحول فيجوز فى المدة البعيدة والاجل البعيد وذلك فى الاغتلال والانتفاع واختلفاً فى المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول فى الاغتلال فقتل اليوم الواحد ونحوه وقيل لا يجوز ذلك فى الدابة والعبد وأما الاستخدام فقتل يجوز فى مثل الخمسة الايام وقيل فى الشهر وأكثر من الشهر قليلاً وأما التهاىؤ فى الاعيان بأن يستعمل هذا داراً مدة من الزمان وهذا داراً تلك المدة بعينها فقتل يجوز فى سكنى الدار وزراعة الارضين ولا يجوز ذلك فى الغلة والسكراء الا فى الزمان اليسير وقيل يجوز على قياس التهاىؤ بالازمان وكذلك القول فى استخدام العبد والدواب يجرى القول فيه على الاختلاف فى قسمتها بالزمان فهذا هو القول فى أنواع القسمة فى الرقاب وفى المنافع وفى الشروط المصححة والمفسدة وبقي من هذا الكتاب القول فى الاحكام .

﴿ القول في الاحكام ﴾

والقسمة من العقود اللازمة لا يجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها الا بالطوارئ عليها
 والطوارئ ثلاثة غبن أو وجود عيب أو استحقاق فأما الغبن فلا يوجب الفسخ الا في قسمة
 القرعة باتفاق في المذهب الا على قياس من يرى له تأثير في البيع فيلزم على مذهبه أن يؤثر
 في القسمة . وأما الرد بالعيب فانه لا يخلو على مذهب ابن القاسم أن يجد العيب في جل نصيبه
 أو في أقله فان وجدته في جل نصيبه فانه لا يخلو أن يكون النصيب الذي حصل لشريكه قد
 فات أو لم يفت فان كان قد فات رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف
 قيمة نصيبه يوم قبضه وان كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة الى أصلها وان كان
 العيب في أقل ذلك رد ذلك الاقل على أصل الشركة فقط سواء فات نصيب صاحبه أو لم يفت
 ورجع على شريكه بنصف قيمة تلك الزيادة ولا يرجع في شيء مما في يديه وان كان قائماً بالعيب
 وقال أشهب والذي يفت الرد قد تقدم في كتاب البيوع . وقال عبدالعزيز بن الماجشون
 وجود العيب يفسخ القسمة التي بالقرعة ولا يفسخ التي بالتراضي لان التي بالتراضي هي بيع وأما
 التي بالقرعة فهي تمييز حق واذا فسخت بالغبن وجب أن تفسخ بالرد بالعيب وحكم الاستحقاق
 عند ابن القاسم حكم وجود العيب ان كان المستحق كثيراً وحظ الشريك لم يفت رجع معه
 شريكه في يديه وان كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة ما في يديه وان كان يسيراً رجع عليه
 بنصف قيمة ذلك الشيء . وقال محمد اذا استحق ما في يدهما بطلت القسمة في قسمة
 القرعة لاندوتين أن القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون في العيب وأما اذا طرأ
 على المال حق فيه مثل طوارئ الدين على التركة بعد القسمة أو طرأ الوصية أو طرأ وارث
 فان أصحاب مالك اختلفوا في ذلك فأما ان طرأ الذين قيل في المشهور في المذهب وهو قول
 ابن القاسم أن القسمة تنتقض الا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم وسواء كانت
 حظوظهم باقية بأيديهم أو لم تكن هنكت بأمر من السماء أو لم تهلك وقد قيل أيضاً إن
 القسمة انما تنتقض بيد من بقي في يده حظه ولم تهلك بأمر من السماء وأما من هلك حظه بأمر
 من السماء فلا يرجع عليه شيء من الدين ولا يرجع هو على الورثة بما بقي بأيديهم بعد أداء الدين
 وقيل بل تنتقض القسمة ولا بد لحق الله تعالى لقوله تعالى . (من بعد وصية يوصي بها أو دين)
 وقيل بل تنتقض الا في حق من أعطى منه ما ينوبه من الدين وهكذا الحكم في طرأ الموصى

له على الورثة . وأما طر والوارث على الشركة بعد القسمة وقبل أن يفوت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة . وأخذ من كل واحد حظه ان كان ذلك مكيفاً أو موزوناً وان كان حيواناً أو عروضاً انتقضت القسمة وهل يصمن كل واحد منهم ما تلف في يده بغير سبب منه فقليل يصمن وقيل لا يصمن .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً ﴾

﴿ كتاب الرهن ﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى . ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة والنظر في هذا الكتاب في الاركان وفي الشروط وفي الاحكام والاركان هي النظر في الراهن والمرهن والمرتهن والشئ الذي فيه الرهن وصفة عقد الرهن .

﴿ الركن الاول ﴾

فاما الراهن فلا خلاف أن من صفته ان يكون غير محجور عليه من أهل السداد والوصى برهن لمن يلي النظر عليه اذا كان ذلك سداداً ودعت اليه الضرورة عندما لك وقال الشافعي برهن لمصلحة ظاهرة برهن المكاتب والمأذون عندما لك قال سحنون فان ارتهن في مال أسلفه لم يحجز وبه قال الشافعي واتفق مالك والشافعي على أن المفلس لا يجوز رهنه وقال أبو حنيفة يجوز واختلاف قول مالك في الذي أحاط الدين بماله هل يجوز رهنه أعني هل يلزم أم لا يلزم فالمشهور عنه أنه يجوز أعني قبل ان يفلس والخلاف آيل الى هل المفلس محجور عليه أم لا وكل من صح ان يكون راهناً صح ان يكون مرتهناً

﴿ الركن الثاني ﴾

وهو الرهن وقالت الشافعية يصح بثلاثة شروط ، الاول ان يكون عيناً فانه لا يجوز ان يرهن الدين ، الثاني أن لا يتمتع اثبات يد الراهن المرتهن عليه كالمصحف ومالك يحجز رهن المصحف ولا يقرأ فيه المرتهن والخلاف مبني على البيع ، الثالث ان تكون العين قابلة للبيع عند حلول الاجل ويجوز عندما لك ان يرتهن ما لا يحل بيعه في وقت الارتهان كالزراع والثمار لم يبد صلاحه ولا يباع عنده في اداء الدين الا اذا بدا صلاحه وان حل أجل الدين وعن الشافعي

قولان في رهن الثمر الذي لم يبد صلاحه ويباع عنده عند حلول الدين على شرط التقطع قال أبو حامد والاصح جوازه ويجوز عند مالك رهن ما لم يتعين كالدينار والدراهم اذا طبع عليها وليس من شرط الرهن ان يكون ملكا للراهن لا عند مالك ولا عند الشافعي بل قد يجوز عندهما ان يكون مستعاراً واتفقوا على أن من شرطه ان يكون اقراره في يد المرتهن من قبل الراهن . واختلفوا اذا كان قبض المرتهن له بغصب ثم أقره المغمضوب منه في يده رهناً فقال مالك يصح ان ينقل الشيء المغمضوب من ضمان الغصب الى ضمان الرهن فيجعل المغمضوب منه الشيء المغمضوب رهناً في يد الغاصب قبل قبضه منه وقال الشافعي لا يجوز بل يبقى على ضمان الغصب الا ان يقبضه واختلفوا في رهن المشاع فنعه أبو حنيفة وأجازته مالك والشافعي والسبب في الخلاف هل تمكن حيازة المشاع أم لا تمكن

﴿ الركن الثالث ﴾

وهو الشيء المرهون فيه وأصل مذهب مالك في هذا أنه يجوز ان يؤخذ الرهن في جميع الاثمان الواقعة في جميع البيوعات الا الصرف ورأس المال في السلم المتعلق بالذمة وذلك لان الصرف من شرطه التقابض فلا يجوز فيه عقدة الرهن وكذلك رأس مال السلم وان كان عنده دون الصرف في هذا المعنى وقال قوم من أهل الظاهر لا يجوز أخذ الرهن إلا في السلم خاصة أعنى في المسلم فيه وهو لاذهبوا الى ذلك لكون آية الرهن وارادة في الدين في المبيعات وهو السلم عندهم فكانهم جعلوا هذا شرطاً من شروط صحة الرهن لانه قال في أول الآية «يا أيها الذين آمنوا اذا تدابرتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه» ثم قال «وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة» فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن في السلم وفي القرض وفي الغصب وفي قيم المتلفات وفي أروش الجنائيات في الاموال وفي جراح العمد الذي لا قود فيه كالأمومة والجائفة . وأما قتل العمد والجراح التي يادمنها فيتخرج في جواز أخذ الرهن في الدية فيها اذا عفا الولي قولان ، أحدهما أن ذلك يجوز وذلك على القول بأن الولي مخير في العمد بين الدية والقود ، والقول الثاني أن ذلك لا يجوز وذلك أيضاً مسمى على أن ليس للولي الا القود فقط اذا أبى الجاني من اعطاء الدية ويجوز في قتل الخطأ أخذ الرهن ممن يتعين من العاقلة وذلك بعد الحول ويجوز في العارية التي تضمن ولا يجوز فيها لا يضمن ويجوز أخذ في الاجارات ويجوز في الجعل بعد العمل ولا يجوز قبله ويجوز الرهن في المهر ولا يجوز في الحدود ولا في القصاص ولا في الكتابة وبالجملية فيما لا تصبح فيه الكفالة وقالت الشافعية المرهون فيه له

شرائط ثلاث ، أحدها ان يكون ديناً فانه لا يرهن في عين ، والثاني أن يكون واجباً فانه لا يرهن قبل الوجوب مثل ان يستترهته بما يستقرضه ويجوز ذلك عند مالك ، والثالث أن لا يكون لزومه متوقفاً ان يجب وان لا يجب كالرهن في الكتابة وهذا المذهب قريب من مذهب مالك .

﴿ القول في الشروط ﴾

وأما شروط الرهن فالشروط المنطوق بها في الشرع ضربان شروط صحة وشروط فساد فأما شروط الصحة المنطوق بها في الرهن أعني في كونه رهناً فشرطان ، أحدهما متفق عليه بالجملة ومختلف في الجهة التي هو بها شرط وهو القبض ، والثاني مختلف في اشتراطه فأما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن لقوله تعالى « فرهان مقبوضة » واختلفوا هل هو شرط عام أو شرط صحة وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال لم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن ومن قال شرط تمام قال يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الاقباض الا ان يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يعرض أو يموت فذهب مالك الى أنه من شروط تمام وذهب أبو حنيفة والشافعي وأهل الظاهر الى انه من شروط الصحة وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول وعمدة الغير قوله تعالى « فردان مقبوضة » وقال بعض أهل الظاهر لا يجوز الرهن الا ان لا يكون هنالك كاتب لقوله تعالى « ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة » ولا يجوز أهل الظاهر ان يوضع الرهن على يدي عدل وعند مالك أن من شرط صحة الرهن استدامة القبض وأنه متى عاد الى يد الراهن باذن المرتهن بعارية أو ودیعة أو غير ذلك فقد خرج من اللزوم وقال الشافعي ليس استدامة القبض من شرط الصحة فهالك عم الشرط على ظاهره فالزم من قوله تعالى « فرهان مقبوضة » وجود القبض واستدامته والشافعي يقول اذا وجد القبض فقد صح الرهن وان عقد فلا يحل ذلك اعارته ولا غير ذلك من التصرف فيه كالحال في البيع وقد كان الاولى ان يشترط القبض في صحة العقدان يشترط الاستدامة ومن لم يشترطه في الصحة ان لا يشترط الاستدامة واتفقوا على جوازه في السفر واختلفوا في الحضر فذهب الجمهور الى جوازه وقال أهل الظاهر ومجاهد لا يجوز في الحضر لظاهر قوله تعالى « وان كنتم على سفر » الآية وتمسك الجمهور بما ورد من أنه صلى الله عليه وسلم رهن في الحضر والقول في استنباط منع الرهن في الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب . وأما الشرط المحرم

الممنوع بالنقص فهو ان يرحن الرجل رهناً على أنه ان جاء بمحقته عند أجله والا فالرهن له فانتفوا على أن هذا الشرط يوجب التسخير وأنه معنى قوله عليه السلام: لا يعلق الرهن .

هـ (القول في الجزء الثالث من هذا الكتاب وهو القول في الاحكام) *

وهذا الجزء ينقسم الى معرفة مال الرهن من الحقوق في الرهن وما عليه والى معرفة مال المرتهن في الرهن وما عليه والى معرفة اختلافهما في ذلك وذلك إما من نفس العقد وإما لأمور طارئة على الرهن ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر بالخلاف فيه بين فقهاء الامصار والاتفاق . اما حق المرتهن في الرهن فهو ان يمسكه حتى يؤدي الراهن ما عليه فان لم يأت به عند الاجل كان له ان يرفعه الى السلطان فيبيع عليه الرهن وينصفه منه ان لم يجبه الراهن الى البيع وكذلك ان كان غائباً وان وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الاجل جاز وكراهه مالك الا ان يرفع الامر الى السلطان والرهن عند الجمهور يرتعلق بمجمل الحق المرهون فيه وببعضه أعني انه اذا رهنه في عدد ما فادى منه بمضيه فان الرهن باسره يبقى بعد بيد المرتهن حتى يستوفي حقه وقال قوم بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقى من الحق وحجة الجمهور أنه محبوس بحق فوجب ان يكون محبوساً بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذي على الميت وحجة الفريق الثاني أن جميعه محبوس بجميعه فوجب ان يكون ابعاضه محبوسه بابعاضه أصله الكفالة ﴿ومن مسائل هذا الباب المشهورة﴾ اختلافهم في نماء الرهن المنفصل مثل الثمرة في الشجر المرهون ومثل الغلة ومثل الولد هل يدخل في الرهن أم لا فذهب قوم الى ان نماء الرهن المنفصل لا يدخل شيء منه في الرهن أعني الذي يحدث منه في يد المرتهن ومن قال بهذا القول الشافعي وذهب آخرون الى أن جميع ذلك يدخل في الرهن ومن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري وفرق مالك فقال ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته فانه داخل في الرهن كولد الجارية مع الجارية . وأما ما لم يكن على خلقته فانه لا يدخل في الرهن كان متولداً عنه كثمر النخل أو غير متولد ككراء الدار وخراج الغلام وعمدة من رأى أن نماء الرهن وغلته للراهن قوله عليه الصلاة والسلام: الرهن محلوب ومركوب قالوا وجه الدليل من ذلك أنه لم يرد بقوله مركوب ومحلوب أي يركبه الراهن ويحلبه لانه كان يكون غير مقبوض وذلك مناقض لكونه رهناً فان الرهن من شرطه القبض قالوا ولا يصح أيضاً ان يكون معناه أن المرتهن يحلبه ويركبه فلم يبق الا أن تكون المعنى في ذلك ان أجرة ظهره له وبه وثقتسه عليه

واستدلوا أيضاً بعموم قوله عليه الصلاة والسلام: الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه قالوا ولا نه نماء زائد على ما رضى رهناً فوجب أن لا يكون له إلا بشرط زائد وعمدة أى حنيفة أن القروع تابعة للأصول فوجب لها حكم الأصل ولذلك حكم الولد تابع لحكم أمه في التدبير والكتابة. وأما مالك فاحتج بأن الولد حكمه حكم أمه في البيع أى هو تابع لها و فرق بين الثمر والولد في ذلك بالسنة المفرقة في ذلك وذلك أن الثمر لا يتبع بيع الأصل إلا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير شرط والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشئ من الرهن وقال قوم إذا كان الرهن حيواناً فللمرتهن أن يحلبه ويركبه بقدر ما يعلقه وينفق عليه وهو قول أحمد واسحق واحتجوا بما رواه أبو هريرة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: الرهن مخلوب ومركوب ومن هذا الباب اختلافهم في الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه فقال قوم الرهن أمانة وهو من الرهن والقول قول المرتهن مع عيئه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه ومن قال بهذا القول الشافعي وأحمد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث وقال قوم الرهن من المرتهن ومصيبته منه ومن قال بهذا القول أبو حنيفة وجمهور الكوفيين^١ والذين قالوا بال ضمان أنقسموا قسمين فمنهم من رأى أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته أو قيمة الدين وبه قال أبو حنيفة وسفيان وجماعة ومنهم من قال هو مضمون بقيمته قلت أو كثرت وأنه إن فضل للرهن شئ فوق دينه أخذ من المرتهن وبه قال علي بن أبي طالب وعطاء واسحق و فرق قوم بين ما لا يغاب عليه مثل الحيوان والعتار مما لا يخفى هلا كه وبين ما يغاب عليه من العروض فقالوا هو ضمان فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لا يغاب عليه ومن قال بهذا القول مالك والاوزاعي وعثمان البتي إلا أن مالكا يقول إذا شهد الشهود بهلاك ما يغاب عليه من غير تضبيع ولا تقييط فإنه لا يضمن وقال الاوزاعي وعثمان البتي بل يضمن على كل حال قامت بينة أو لم تقم وبقول مالك قال ابن القاسم وبقول عثمان والاوزاعي قال أشهب وعمدة من جملة أمانة غير مضمون حديث سعيد ابن المسيب عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا يعلق الرهن وهو من رهنه له غنمه وعليه غرمه أى له غلته وخراجه وعليه اقتكا كه ومصيبته منه قالوا وقد رضى الرهن أمانته فأشبهه المودع عنده وقال المزني من أصحاب الشافعي محتجاً له قد قال مالك ومن تابعه أن الحيوان وما ظهر هلا كه أمانة فوجب أن يكون كله كذلك وقد قال أبو حنيفة أن ما زاد من قيمة الرهن على قيمة الدين فهو أمانة فوجب أن يكون كله أمانة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام عند مالك ومن قال بقوله: وعليه غرمه أى نفقته قالوا وذلك معنى قوله عليه الصلاة

والسلام: الرهن مر كوب ومحلوب أى أجرة ظهره لرب به وفقته عليه . وأما ابو حنيفة وأصحابه فتأولو ا قوله عليه الصلاة والسلام : له غنمه وعليه غرمه ان غنمه ما فضل منه على الدين وغرمه ما نقص وعمدة من رأى انه مضمون من المرتهن انه عين تعلق بها حق الاسنيفاء ابتداء فوجب ان يستقط بثلغه أصله تلف المبيع عند البائع اذا أمسكه حتى يستوفى الثمن وهذا متفق عليه من الجمهور وان كان عندما لك كالرهن وربما احتجوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا ارتهن فرساً من رجل فنفق في يده فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن ذهب حقك . وأما فريق مالك بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فهو استحسان ومعنى ذلك أن التهمة تالحق فيما يغاب عليه ولا تلحق فيما لا يغاب عليه وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي يذهب اليه مالك كثير اضعفه قوم وقالوا انه مثل استحسان أبى حنيفة وحدوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل ومعنى الاستحسان عندما مالك هو جمع بين الأدلة المتعارضة واذا كن ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل والجمهور على انه لا يجوز للرهن بيع الرهن ولا هبته وأنه ان باعه فالمرتهن الاجازة أو الفسخ قال مالك وان زعم ان اجازته ليتعجل حقه حلف على ذلك وكان له وقال قوم يجوز بيعه واذا كان الرهن غلاماً وأمة فأعتقها الراهن فعند مالك انه ان كان الراهن موسراً أجاز عتقه وعجل للمرتهن حقه وان كان معسراً بيعت وقضى الحق من ثمنها وعند الشافعى ثلاثة أقوال ، الرد ، والاجازة والثالث مثل قول مالك . وأما اختلاف الرادن والمرتهن في قدر الحق الذى به وجب الرهن فان الفقهاء اختلفوا في ذلك فقال مالك القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق ما لم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك فزاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وجهه رفقاء الامصار القول في قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور ان الراهن مدعى عليه والمرتهن مدع فوجب أن تكون الممين على الراهن على ظاهر السنة المشهورة وعمدة مالك ههنا ان المرتهن وان كان مدعياً فله ههنا شبهة بنقل الممين الى حزرده وهو كون الرهن شاهداً له ومن أصوله ان يحلف أقوى المتداعيين شبهة وهذا لا يلزم عند الجمهور لانه قد يرهن الراهن الشئ وقيمته أكثر من المرهون فيه . واما اذا تلف الرهن واختلفوا في صفته فالقول ههنا عندما مالك قول المرتهن لانه مدعى عليه وهو مقر ببعض ما ادعى عليه وهذا على اصوله فان المرتهن ايضاً هو الضامن فيما يغاب عليه . واما على اصول الشافعى فلا يتصور على المرتهن تعيين الا أن بنا كره الراهن في تلافه . وأما عند أبى حنيفة فالقول قول المرتهن في قيمة الرهن وليس يحتاج الى صفة لان عند

مالك يحلف على الصفة وتقوم تلك الصفة وإذا اختلفوا في الأمرين جميعاً أعنى في صفة الرهن وفي مقدار الرهن كان القول قول المرتبه في صفة الرهن وفي الحق ما كانت قيمته الصفة التي حلف عليها شاهدة له وفيه ضعف وهل يشهد الحق لقيمة الرهن إذا اتفقا في الحق واختلفا في قيمة الرهن في المذهب فيه قولان والاقيس الشهادة لانه اذا شهد الرهن للدين شهد الدين المرهون وفروع هذا الباب كثيرة وفيما ذكرناه كفاية في غرضنا .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾
 (وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)
 * (كتاب الحجر) *

والنظر في هذا الباب في ثلاثة أبواب ، الباب الاول في اصناف المحجورين ، الثاني متى يخرجون من الحجر ومتى يحجر عليهم وبأى شروط يخرجون ، الثالث في معرفة احكام افعالهم في الرد والاجازة .

* (الباب الاول) *

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الايتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى «وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح» الآية واختلفوا في الحجر على العقلاء الكبار اذا ظهر منهم تبذير لأموالهم فذهب مالك والشافعي وأهل المدينة وكثير من أهل العراق الى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم وذلك اذا ثبت عنده سفههم وأعدرا اليهم فلم يكن عندهم مدفع وهو رأى ابن عباس وابن الزبير وذهب ابو حنيفة وجماعة من أهل العراق الى انه لا يبتدأ الحجر على الكبار وهو قول ابراهيم وابن سيرين وهؤلاء انقسموا قسمين فمنهم من قال الحجر لا يجوز عليهم بعد البلوغ بحال وان ظهر منهم التبذير ومنهم من قال ان استصحبوا التبذير من الصغر يستمر الحجر عليهم وان ظهر منهم ثم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه فمؤلاً لا يبدأ بالحجر عليهم وأبو حنيفة يحد في ارتفاع الحجر وان ظهر سفه خمسة وعشرين عاماً وعمدة من أوجب على الكبار ابتداء الحجر أن الحجر على الصغار انما وجب لمعنى التبذير الذى يوجد فيهم غالباً فوجب ان يجب الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وان لم يكن صغيراً قالوا ولذلك اشترط في رفع الحجر عنهم

مع ارتفاع الصغر إيناس الرشد قال الله تعالى « فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم »
 فدل هذا على أن السبب المقتضى للحجر هو السفه وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقذ
 ذكر فيه لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخذع في البيوع فجعل له رسول الله صلى الله عليه
 وسلم الخيار ثلاثاً ولم يحجر عليه وربما قالوا الصغر هو المؤثر في منع التصرف بالمال بدليل
 تأثيره في إسقاط التكليف وإنما اعتبر الصغر لأنه الذي يوجد فيه السفه غالباً كما يوجد فيه
 نقص العقل غالباً ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد إذا كانا يوجدان
 فيه غالباً أعنى العقل والرشد وكما لم يعتبر النادر في التكليف أعنى أن يكون قبل البلوغ عاقلاً
 فيكف كذلك لم يعتبر النادر في السفه وهو أن يكون بعد البلوغ سفيهاً فيحجر عليه كما لم يعتبر
 كونه قبل البلوغ رشيداً قالوا وقوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » الآية ليس فيها
 أكثر من منعهم من أموالهم وذلك لا يوجب فسخ بيوعهم وإبطالها والمحجورون عند مالك
 ستة الصغير والسفيه والعبد والمفلس والمريض والزوجة وسبائى ذكر كل واحد منهم في
 بابيه .

(الباب الثاني)

والنظر في هذا الباب في موضعين في وقت خروج الصغار من الحجر وقت خروج السفهاء
 فنقول ان الصغار بالجملة صنفان ذكور وإناث وكل واحد من هؤلاء إما ذو أب وإما ذو
 وصى وإمامهم وهم الذين يباغون ولا وصى لهم ولا أب فأما الذكور الصغار ذو الآباء
 فاتفقوا على أنهم لا يخرجون من الحجر إلا ببلوغ سن التكليف وإيناس الرشد منهم وان كانوا
 قد اختلفوا في الرشد ما هو وذلك لقوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان
 آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » واختلفوا في الإناث فذهب الجمهور إلى أن حكمهن في
 ذلك حكم الذكور أعنى بلوغ الحيض وإيناس الرشد وقال مالك هي في ولاية أبيها في المشهور
 عنه حتى تزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها وروى عنه مثل قول الجمهور
 ولا محاب مالك في هذا أقوال غير هذه قيل إنها في ولاية أبيها حتى تمر بها سنة بعد دخول زوجها
 بها وقيل حتى يمر بها عامان وقيل حتى تمر بها سبعة أعوام وحجة مالك أن إيناس الرشد لا يتصور
 من المرأة إلا بعد اختيار الرجال . وأما أقاويل أصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس أما مخالفتها
 للنص فانهم لم يشترطوا الرشد . وأما مخالفتها للقياس فلان الرشد ممكن تصوره قبل هذه

المدة المحدودة وإذ قلنا على قول مالك لا على قول الجمهور ان الاعتبار في الذكور ذوى
الآباء البلوغ وإيناس الرشد فاختلف قول مالك اذا بلغ ولم يعلم سفهه من رشده وكان مجهول
الحال فتقيل عنه انه مجهول على السفيه حتى يتبين رشده وهو المشهور وقيل عنه انه مجهول على
الرشد حتى يتبين سفهه فأما ذوالاوصياء فلا يخرجون من الولاية في المشهور عن مالك الا
باطلاق وصيه له من الحجر أى يقول فيه انه رشيد ان كان مقدما من قبل الاب بالاخلاف
أو باذن القاضي مع الوصى ان كان مقدما من غير الاب على اختلاف في ذلك وقد قيل في وصى
الاب أنه لا يقبل قوله في أنه رشيد الا حتى يعلم رشده وقد قيل ان حاله مع الوصى كحال مع
الاب يخرج منه من الحجر اذا آنس منه الرشد وان لم يخرج وصيه بالا شهادة وان المجهول الحال
في هذا حكمه حكم المجهول الحال ذى الاب وأما ابن القاسم فذهب ان الولاية غير معتبر بثبوتها
اذا علم الرشد ولا سقوطها اذا علم السفيه وهى رواية عن مالك وذلك من قوله في اليتيم لا في البكر
والفرق بين المذهبين أن من يعتبر الولاية يقول أفعاله كلها مردودة وان ظهر رشده حتى يخرج
من الولاية وهو قول ضعيف فان المؤثر هو الرشد لا حكم الحاكم. وأما اختلافهم في الرشد ما هو
فان ما كبرى ان الرشد هو تميز المال واصلاحه فقط والشافعى يشترط مع هذا اصلاح
الدين * وسبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين وحال البكر مع الوصى
كحال الذكرا لا يخرج من الولاية الا بالاخراج ما لم تعنس على اختلاف في ذلك وقيل حالها
مع الوصى كحالها مع الاب وهو قول ابن الماجشون ولم يختلف قولهم انه لا يعتبر فيها الرشد
كاختلافهم في اليتيم. وأما المهمل من الذكور فان المشهور ان أفعاله جائزة اذا بلغ الحلم كان
سفها متمصل السفيه أو غير متمصل السفيه معلنا به أو غير معان. وأما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله
اذا وقع فان كان رشداً جاز والارده فأما اليتيمة التي لأب لها ولا وصى فان فيها في المذهب
قولين ، أحدهما ان أفعالها جائزة اذا بلغت الحيض ، والثاني ان أفعالها مردودة ما لم
تعنس وهو المشهور .

(الباب الثالث)

والنظر في هذا الباب في شيئين ، أحدهما ما يجوز لصنف صنّف من المحجورين من الأفعال
واذا فعلوا فكيف حكم أفعالهم في الرد والاجازة وكذلك أفعال المهملين وهم الذين بلغوا الحلم
من غير أب ولا وصى وهؤلاء كما قلنا اما صغار واما كبار متمصلوا الحجر من الصغر واما مبتدأ
حجرهم فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا الحيض من النساء فلا خلاف في المذهب

في أنه لا يجوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وإن أذن له الأب في ذلك أو الوصي فإن أخرج من يده شيئاً بغير عوض كان موقوفاً على نظر وليه إن كان له ولي فإن رآه رشداً أجاز له والأبطله وإن لم يكن له ولي قدم له ولي ينظر في ذلك وإن عمل في ذلك حتى يلي أمره كان النظر إليه في الإجازة والرد واختلف إذا كان فعله سداداً ونظراً فيما كان يلزم الولي أن يفعله هل لأنه إن نقضه أآل الأمر إلى خلاف بحوالة الاسواق أو نساء فيما باعه أو نقصان فيما ابتاعه فالمشهور أن ذلك له وقيل إن ذلك ليس له ويلزم الصغير ما أفسد في ماله مما لم يؤمن عليه واختلف فيما أفسد وكسر مما أؤتمن عليه ولا يلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ما حلف بحريته في صغره وحنث به في صغره واختلف فيما حنث فيه في كبره وحلف به في صغره فالمشهور أنه لا يلزمه وقال ابن كنانة يلزمه ولا يلزمه فيما ادعى عليه يمين واختلف إذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه فالمشهور أنه لا يحلف وروى عن مالك والليث أنه يحلف وحال البكر ذات الأب والوصي كالذكر مالم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها فأما السفه البالغ فجمهور العلماء على أن المحجور إذا طلق زوجته أو خالها مضى طلاقه وخلعه إلا ابن أبي ليلى وأبا يوسف وخالف ابن أبي ليلى في العتق فقال إنه ينفذ وقال الجمهور أنه لا ينفذ وأما وصيته فلا أعلم خلافاً في نفوذها ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شيء من المعروف إلا أن يعتق أم ولده فيلزمه عتقها وهذا كله في المذهب وهل يتبعها ما هافيه خلاف قيل يتبع وقيل لا يتبع وقيل بالفرق بين التليل والكثير. وأما ما يفعله بعوض فهو أيضاً موقوف على نظر وليه إن كان له ولي فإن لم يكن له ولي قدم له فإن رديعه الولي وكان قد أتلف الثمن لم يتبع من ذلك بشيء وكذلك إن أتلف عين المبيع وأما أحكام المحجورين أو المهملين على مذهب مالك فإنها تنقسم إلى أربعة أحوال . فمنهم من تكون أفعاله كلها مردودة وإن كان فيها ما هو رشده . ومنهم من تكون أفعاله كلها محمولة على الرشده وإن ظهر فيها ما هو سفيه . ومنهم من تكون أفعاله كلها محمولة على السفه مالم يتبين رشده وعكس هذا أيضاً وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشده حتى يتبين سفيه فأما الذي يحكم له بالسفه وإن ظهر رشده فهو الصغير الذي لم يبلغ والبكر ذات الأب والوصي مالم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس واختلف في حده اختلافاً كثيراً من دون الثلاثين إلى الستين والذي يحكم له بحكم الرشده وإن علم سفيه . فمنها السفه إذا لم تثبت عليه ولاية من قبل أبيه ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك خلافاً لابن القاسم الذي يعتبر نفس الرشده لا نفس الولاية والبكر اليتيمة المهمة على مذهب

سحزون . وأما الذى يحكم عليه بحكم السفة مالم يظهر رشده فالابن بعد بلوغه فى حياة أبيه على المشهور فى المذهب وحال البكر ذات الاب التى لا وصى لها اذا تزوجت ودخل بها زوجها مالم يظهر رشدها ومالم تبلغ الحد المعتر فى ذلك من السنين عندهم يعتبر ذلك وكذلك اليتيمة التى لا وصى لها على مذهب من يرى ان افعالها مردودة . وأما الحال التى يحكم فيها بحكم الرشده حتى يتبين السفة فنمها حال البكر المعنسى عندهم يعتبر التعنيس او التى دخل بها زوجها ومضى لدخوله الحد المعتر من السنين عندهم يعتبر الحد وكذلك حال الابن ذى الاب اذا بلغ وجنلت حاله على احدى الروايتين والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التى لا يعتبر فيها دخولها مع زوجها فهذه هى جملة ما فى هذا الكتاب والفترو ع كثيرة .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

(كتاب التعليل)

والنظر فى هذا الكتاب فيما دوالفلس وفى أحكام المفلس (فتقول) إن الافلاس فى الشرع يطلق على معنيين ، أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون فى ماله وفاء بدينه ، والثانى أن لا يكون له مال معلوم أصلا وفى كلا الفلسين قد اختلف العلماء فى أحكامهما فاما الحالة الاولى وهى اذا ظهر عند الحاكم من فلسه ما ذكرنا فاختلف العلماء فى ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف فى ماله حتى يبيعه عليه ويتسمة على الغرماء على نسبة دينهم أم ليس له ذلك بل يحبس حتى يدفع اليهم جميع ماله على أى نسبة اتفقت أولن اتفق منهم وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال يفي بدينه فأبى أن ينصف غرماءه هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم أم يحبس حتى يعطيهم بيده ما عليه فالجمهور يقولون يبيع الحاكم ماله عليه فينصف منه غرماءه أو غريمه ان كان مليا أو يحكم عليه بالافلاس ان لم ينف ماله بدينه ويحجر عليه ان تصرف فيه وبه قال مالك والشافعى وبالتول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق وحجة مالك والشافعى حديث معاذ بن جبل أنه كثر دينه فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد غرماءه على ان جعله لهم من ماله وحديث أنى سعيدهم ان رجلا أصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثمرات عايف كثر دينه فقال رسول الله صلى

الله عليه وسلم : تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك وحديث عمر في القضاء على الرجل المفلس في حبسه وقوله فيه . أما بعد أيها الناس فان الاسيفع اسيفع جهينة رضى من دينه وأما منه بأن يقال سبق الحاج وانه اذا ان معرضاً فأصبح قد رين عليه فن كان له عليه دين فليأتنا وأيضاً من طريق المعنى فانه اذا كان المريض محجوراً عليه لمكان ورثته فأحرى أن يكون المدين محجوراً عليه لمكان الغرماء وهذا القول هو الاظهر لانه أعدل والله أعلم وأما حجج الفريق الثاني الذين قالوا بالحبس حتى يعطى ما عليه أو يموت محبوباً فيبيع القاضي حينئذ عليه ماله ويتسمه على الغرماء . فمنها حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه بأحد وعليه دين فلما طلبه الغرماء قال جابر فأيت النبي صلى الله عليه وسلم فكلمته فساء لهم ان يملوا مني حائطي ويحلوا أنى قابوا فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حائطي قال ولكن سأغدو عليك قال فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة قال فخذ منها فقضيت منها حقوقهم وبقى من ثمرها بقية وباروى أيضاً انه مات اسيد بن الحضير وعليه عشرة آلاف درهم فدعى عمر بن الخطاب غرماءه فقبلهم ارضه أربع سنين مما لهم عليه قالوا فذه الا نأركها ليس فيها انه يبيع فيها أصل في دين قالوا ويدل على حبسه قوله صلى الله عليه وسلم لي الواجد يحل عرضه وعقوبته قالوا والعقوبة هي حبسه وربما شبهوا استحقاق اصول العقار عليه باستحقاق اجارته واذا قلنا ان المفلس محجور عليه فالنظر فيما اذا يحجر عليه وبأى ديون تكون المحاصة في ماله وفي أى شئ من ماله تكون المحاصة وكيف تكون فاما المفلس فله حالان حال في وقت الفلس قبل الحجر عليه وحال بعد الحجر فاما قبل الحجر فلا يجوز له اتلاف شئ من ماله عند مالك بغير عوض اذا كان مما لا يلزمه ومما لا تجرى العادة بفعله وانما اشترط اذا كان مما لا يلزمه لان له أن يفعل ما يلزمه بالشرع وان لم يكن بعوض كنفقته على الاباء المعسرين أو الابناء وانما قيل مما لم تجر العادة بفعله لان له اتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالاتخية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة وكذلك تراعى العادة في اتفائه في عوض كالزوج والنفقة على الزوجة ويجوز بيعه واتباعه ما لم تكن فيه محابة وكذلك يجوز اقراره بالدين لمن لا يتهم عليه واختلف قول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه . وأما مجهور من قال بالحجر على المفلس فقلنا هو قبل الحكم كسائر الناس وانما ذهب المجهور لهذا لان الاصل هو جواز الافعال حتى يقع الحجر ومالك كانه اعتبر المعنى

نفسه وهو احاطة الدين بما نملك لم يعتير في كل حال لانه يجوز بيعه وشراؤه اذا لم يكن فيه محاباة ولا يجوز له المحجور عليه واما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا عطاء ولا يجوز اقراره بدين في ذمته اقريب ولا بعيد قيل الا أن يكون الواحد منهم بينة وقيل يجوز لمن يعلم منه اليه تناض واختلف في اقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثة أقوال في المذهب بالجواز والمنع والثالث بالترق بين أن يكون على أصل القراض أو الوديعة بينة أو لا تكون فقول ان كانت صدق وان لم تكن لم يصدق واختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس أم لا فذهب مالك إلى أن التفليس في ذلك كالموت وذهب غيره إلى خلاف ذلك وجهه ورعاة العلماء على أن الديون تحل بالموت قال ابن شهاب مضت السنة بأن دينه قد حل حين مات وحجتهم أن الله تبارك وتعالى لم يبيع التوارث الا بعد قضاء الدين فالورثة في ذلك بين أحد أمرين إما أن لا يريدوا أن يؤخروا حقوقهم في الموارث إلى محل أجل الدين فيلزم أن يجعل الدين حالا وإما أن يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون حينئذ مضمونة في التركة خاصة لا في ذممهم بخلاف ما كان عليه الدين قبل الموت لانه كان في ذمة الميت وذلك يحسن في حق ذي الدين ولذلك رأى بعضهم انه ان رضى الغرماء بتحملة في ذممهم اقيت الديون إلى أجلها ومن قال بهذا القول ابن سيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الامصار لكن لا يشبهه الفلاس في هذا المعنى الموت كل الشبه وان كانت كلا الذمتين قد خربت ذمته فان ذمة المفلس يرجي الملاء لها بخلاف ذمة الميت . وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فان ذلك يرجع إلى الجنس والقدر اما ما كان قد ذهب عين العوض الذي استوجب من قبله الغريم على المفلس فان دينه في ذمة المفلس واما اذا كان عين العوض باقيا بعينه لم يفت الا انه لم يتبض ثمنه فاختلف في ذلك فقهاء الامصار على أربعة أقوال الاول ان صاحب السلعة أحق بها على كل حال الا ان يتركها ويختار الحاصة وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور والقول الثاني ينظر إلى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس فان كانت أقل من الثمن خير صاحب السلعة بين ان يأخذها أو يحاص الغرماء وان كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها وبه قال مالك وأصحابه والقول الثالث تقوم السلعة يوم التفليس فان كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضى له بها أعنى للبائع وان كانت أكثر دفع اليه مقدار ثمنه ويتحاصون في الباقي وبهذا القول قال جماعة من أهل الامر والقول الرابع انه اسوة الغرماء فيها على كل حال وهو قول أبي حنيفة

وأهل الكوفة والاصل في هذه المسئلة ما ثبت من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس فادرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره وهذا الحديث خرجته مالك والبخاري ومسلم والفاظهم متقاربة وهذا اللفظ لما لك فمن هؤلاء من حمله على عمومته وهو الفريق الاول ومنهم من خصصه بالقياس وقالوا ان معقوله انما هو الفرق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية وأكثر ما في ذلك ان يأخذ الثمن الذي باعها به فاما ان يعطى في هذه الحال الذي اشترك فيه مع الغرماء أكثر من ثمنها فذلك مخالف لاصول الشرع وبخاصة اذا كان للغرماء اخذها بائنه كما قال مالك . واما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بحملته لمخالفته للاصول المتواترة على طريقتهم في رد خبر الواحد اذا خالف الاصول المتواترة لكون خبر الواحد مظنونا والاصول يقينية مقطوع بها كما قال عمر في حديث فاطمة بنت قيس ما كنا ندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث امرأة رور وواعن على انه قضى بالسلعة للفلس وهو رأي ابن سيرين وابراهيم من التابعين وروى الاحتجوا بان حديث أبي هريرة مختلف فيه وذلك أن الزهري روى عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أيما رجل مات أو أفلس فوجد بعض غرمائه ماله بعينه فهو اسوة الغرماء وهذا الحديث أولى لانه موافق للاصول الثابتة قالوا ولجميع بين الحديثين وجه وهو حمل ذلك الحديث على الوديعة والعارية الا أن الجمهور دفعوا هذا التأويل بما ورد في لفظ حديث أبي هريرة في بعض الروايات من ذكر البيع وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشتري السلعة فأما قبل القبض فلماء متفقون أهل الحجاز وأهل العراق أن صاحب السلعة أحق بها لانها في ضمانه واختلف القائلون بهذا الحديث اذا قبض البائع بعض الثمن فقال مالك ان شاء أن يرد ما قبض ويأخذ السلعة كلها وان شاء حاص الغرماء فما بقي من سلعته . وقال الشافعي بل يأخذ ما بقي من سلعته بما بقي من الثمن وقالت جماعة من أهل العلم داود واسحاق واحمد ان قبض من الثمن شيئاً فهو اسوة الغرماء وحجتهم ما روى مالك عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه شيئاً فوجده بعينه فهو أحق به وان مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع اسوة الغرماء وهو حديث وان أرسله مالك فقد اسنده عبد الرزاق وقد روى من طريق الزهري عن أبي هريرة فيه زيادة بيان وهو قوله فيه فان كان قبض من ثمنه شيئاً فهو اسوة الغرماء ذكره أبو عبيد في كتابه في التقه وخرجه وحجة الشافعي ان كل السلعة أو بعضها في الحكم واحد ولم يختلفوا أنه اذا فوت المشتري بعضها ان البائع أحق بالمقدار

الذي أدرك من سلعته الاعطاء فانه قال اذا فوت المشتري بعضها كان البائع اسوة الغرماء
واختلف الشافعي ومالك في الموت هل حكمه حكم الفلاس أم لا فقال مالك هو في الموت اسوة
الغرماء بخلاف الفلاس . وقال الشافعي الامر في ذلك واحد وعمدة مالك ما رواه عن
ابن شهاب عن أبي بكر وهو نص في ذلك وأيضاً من جهة النظر ان فرقاً بين الذمة في الفلاس
والموت وذلك أن الفلاس ممكن أن تثرى حاله فيتبعه غرامؤه بما بقي عليه وذلك غير متصور
في الموت . وأما الشافعي فعمدته ما رواه ابن أبي ذئب بسنده عن أبي هريرة قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم : إنما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق به فسوى في هذه الرواية
بين الموت والفلاس قال وحديث ابن أبي ذئب أولى من حديث ابن شهاب لان حديث
ابن شهاب مرسل وهذا مستدوم من طريق المعنى فهو مال لا تصرف فيه للمالك الا بعد أداء
ما عليه فأشبهه مال الفلاس وقياس مالك أقوى من قياس الشافعي وترجيح حديثه على
حديث ابن أبي ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى وذلك ان ما وافق من الاحاديث
المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس الشبه أعني أن القياس الموافق لحديث
الشافعي هو قياس شبهه والموافق لحديث مالك قياس معنى ومرسل مالك خرج عبد الرزاق
فسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا المعنى والمتايس وأيضاً فان الاصل يشهد لقول مالك
في الموت أعني ان من باع شيئاً ففلس يرجع اليه فمالك رحمه الله أقوى في هذه المسئلة والشافعي
انما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المستند والمرسل عنده لا يجب العمل به واختلف
مالك والشافعي فيمن وجد سلعته بعينها عند الفلاس وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضاً
يغرسها أو عرصة يبنها فقال مالك العمل الزائد فيها هو فوات ويرجع صاحب السلعة شريك
الغرماء . وقال الشافعي بل يخير البائع بين ان يعطى قيمة ما أحدث المشتري في سلعته
ويأخذها أو أن يأخذ اصل السلعة ويخاص الغرماء في الزيادة وما يكون فوتاً مما لا يكون
فوتاً في مذهب مالك منصوص في كتبه المشهورة وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم
به أحق من سائر الغرماء في الموت والفلاس او في الفلاس دون الموت أن الاشياء المبيعة
بالدين تنقسم في التفليس ثلاثة اقسام عرض يتعين وعين اختلف فيه هل يتعين فيه ام لا وعمل
لا يتعين فاما العرض فان كان في يد بائعه لم يسلمه حتى افلس المشتري فهو احق به في الموت
والفلاس وهذا ما لا خلاف فيه وان كان قد دفعه الى المشتري ثم افلس وهو قائم بيده فهو
احق به من الغرماء في الفلاس دون الموت ولهم عنده أن يأخذوا سلعته بالثمن . وقال الشافعي

ليس لهم وقال اشهب لا ياخذونها الا بزيادة يحطونها عن الفلوس . وقال ابن المساجشون ان شاؤا كان الثمن من اموالهم او من مال الغريم . وقال ابن كنانة بل يكون من اموالهم . وأما العين فهو أحق بها في الموت أيضاً والفلوس ما كان بيده واختلف اذا دفعه الى بائعه فيه ففلوس أو مات وهو قائم بيده يعرف بعينه فتقبل انه أحق به كالمروض في الفلوس دون الموت وهو قول ابن القاسم وقيل انه لا سبيل له عليه وهو اسوة الغرماء وهو قول أشهب والقولان جاربان على الاختلاف في تعيين العين وأما ان لم يعرف بعينه فهو اسوة الغرماء في الموت والفلوس وأما عمله الذي لا يتعين فان اقلس المستأجر قبل أن يستوفى عمل الاجير كان الاجير أحق بماعمله في الموت والفلوس جميعاً كالسلعة اذا كانت بيد البائع في وقت الفلوس وان كان فلسه بعد أن استوفى عمل الاجير فالاجير اسوة الغرماء باجرته التي شارطه عليها في الفلوس والموت جميعاً على أظهر الاقوال الا أن تكون بيده السلعة التي استؤجر على عملها فيكون أحق بذلك في الموت والفلوس جميعاً لانه كالمريض بيده فان اسلمه كان اسوة الغرماء بعمله الا أن يكون له فيه شيء أخرجه فيكون أحق به في الفلوس دون الموت وكذلك الامر عنده في فلس مكترى الدواب ان استكرى أحق بماعليه من المتاع في الموت والفلوس جميعاً وكذلك مكترى السفينة وهذا كله شبهه مالك بالرهن وبالجملة فلا خلاف في مذهبه أن البائع أحق بما في يديه في الموت والفلوس وأحق بسلعته القائمة الخارجة عن يده في الفلوس دون الموت وانه اسوة الغرماء في سلعته اذا فاته وعند ما يشبهه حال الاجير عند أصحاب مالك وبالجملة البائع منفعة بالبائع الرقبة فمرة يشبهون المنفعة التي عمل بالسلعة التي لم يقبضها المشتري فيقولون هو أحق بها في الموت والفلوس ومرة يشبهونه بالتي خرجت من يده ولم يمت فيقولون هو أحق بها في الفلوس دون الموت ومرة يشبهون ذلك بالموت الذي فاته فيه فيقولون هو اسوة الغرماء ومثال ذلك اختلافهم فيمن استؤجر على سقى حائط فسقاه حتى أثمر الحائط ثم أفلس المستأجر فانهم قالوا فيه الثلاثة الاقوال وتشبيه بيع المتاع في هذا الباب ببيع الرقاب هو شيء أحسب ان رده مالك دون فقهاء الامصار وهو ضعيف لان قياس الشبه المأخوذ من الوضع المفارق للاصول يضعف ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ولكن انتدح هناك قياس علة فهو أقوى ولعل المالكية تدعى وجود هذا المعنى في هذا القياس لكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر ومن هذا الباب اختلافهم في العبد المفلوس المأذون له في التجارة هل يتبع بالدين في رقبته أم لا فذهب مالك وأهل الحجاز الى أنه انما

تبيع بما في يده لا في رقبته ثم ان اعتق اتبع بما بقي عليه ورأى قوم انه يباع ورأى قوم ان
الغرماء يخبرون بين يبعه وبين أن يسعى فيما بقي عليه من الدين وبه قال شريح وقالت طائفة
بل يلزم سيده ما عليه وان لم يشترطه فالذين لم يروا يبيع رقبته قالوا انما عامل الناس على ما في
يده فأشبهه الحر والذين رأوا يبعه شبهوا ذلك بالجنايات التي يجنى وأما الذين رأوا الرجوع على
السيد بما عليه من الدين فانهم شبهوا ما له بمال السيد اذ كان له انزاعه * فسبب الخلاف
هو تعارض أقيسة الشبهة في هذه المسألة ومن هذا المعنى اذا أفلس العبد والمولى معا باى يبدأ
هل بدين العبد ام بدين المولى فالجمهور يقولون بدين العبد لان الذين دابنوا العبد انما فعلوا
ذلك ثقة بما رأوا وعند العبد من المال والذين دابنوا المولى لم يعتدوا بمال العبد ومن رأى
البدء بالمولى قال لان مال العبد هو في الحقيقة للمولى * فسبب الخلاف تردد مال العبد بين أن
يكون حكمه حكم مال أجنبي أو حكم مال السيد وما قد مر ما يترك للمفلس من ماله فقيم في
المذهب يترك له ما يعيش به هو وأهله ولده الصغار الا يتم وقال في الواضحة والعتبية الشهر
ونحوه ويترك له كسوة مثله وتوقف مالك في كسوة زوجته لكونها هل تجب لها بعوض
مقبوض وهو الانتفاع بها أو بعرض ورض وقال سحنون لا يترك له كسوة زوجته وروى
ابن نافع عن مالك انه لا يترك الا ما يواريه وبه قال ابن كنانة واختلفوا في بيع كتب العلم
عليه على قولين وهذا مبني على كراهية بيع كتب الفقه أولا كراهية ذلك وأما معرفة الديون
التي يحاص بها من الديون التي لا يحاص بها على مذهب مالك فانها تنقسم أولا الى قسمين أحدهما
أن تكون واجبة عن عوض والثاني أن تكون واجبة من غير عوض فاما الواجبة عن عوض
فانها تنقسم الى عوض مقبوض والى عوض غير مقبوض فاما ما كانت عن عرض مقبوض
وسواء كانت مالا او ارش جناية فلا خلاف في المذهب ان محاصة الغرماء بها واجبة وأما ما
كان عن عوض غير مقبوض فان ذلك ينقسم خمسة أقسام * أحدها ان لا يمكنه دفع العوض
بحال كنفقة الزوجات لما يأتي من المدة * والثاني ان لا يمكنه دفع العوض وان كان يمكنه دفع
ما يستوفي فيه مثل أن يكثرى الرجل الدار بالتقدي أو يكون العرف فيه التقدي ففلس المكترى
قبل أن يسكن أو بعد ما سكن بعض السكنى وقبل أن يدفع الكراء * والثالث أن يكون
دفع العوض يمكنه ويلزمه كراء مال السلم اذا أفلس المسلم اليه قبل دفع رأس المال *
والرابع ان يكون يمكنه دفع العوض ولا يلزمه مثل السلعة اذا باعها ففلس المبتاع قبل ان
يدفعها اليه البائع * والخامس أن لا يكون اليه تعجيل دفع العوض مثل ان يسلم الرجل الى

الرجل دنانير في عروض الى أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فاما الذي لا يمكنه دفع العوض بحال فلا محاصة في ذلك الا في مهور الزوجات اذا فلس الزوج قبل الدخول وأما الذي لا يمكنه دفع العوض ويمكنه دفع ما يستوفي منه مثل المكتري يفس قبل دفع الكراء فقيل للمكري المحاصة بجميع الثمن واسلام الدار للغرماء وقيل ليس له الا المحاصة بما سكن ويأخذ داره وان كان لم يسكن فليس له الا اخذ داره واما ما يمكنه دفع العوض ويلزمه وهو اذا كان العوض عيناً فقيل يخاص به الغرماء في الواجب له بالعوض ويدفعه فقيل هو أحق به وعلى هذا لا يلزمه دفع العوض واما ما يمكنه دفع العوض ولا يلزمه فهو بالخيار بين المحاصة والامساك وذلك هو اذا كان العوض عيناً واما اذا لم يكن اليه تعجيل العوض مثل أن يفسل المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فان رضى المسلم اليه ان يعجل العروض ويخاصص الغرماء برأس مال السلم فذلك جائز ان رضى بذلك الغرماء فان ابى ذلك أجسد الغرماء خاص الغرماء برأس المال الواجب له فيها وجد للغريم من مال وفي العروض التي عليه اذا حلت لانها من مال المفلس وان شأوا أن يبيعوها بالتقديت وتحاصوا فيها كان ذلك لهم وأما ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فان ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالانزام كالهدايا والصدقات فلا محاصة فيها وأما ما كان منها واجباً بالشرع كنفقة الاباء والابناء فقيمها قولان، أحدهما ان المحاصة لا تجب بها وهو قول ابن القاسم والثاني انها تجب بها اذا لم يمت بحكم من السلطان وهو قول الشهاب وأما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاص فان الحكم في ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد أو من أجناس مختلفة اذ كان لا يقتضي في الديون الا ما هو من جنس الدين الا أن يتفتقروا من ذلك على شيء يجوز واختلفوا من هذا الباب في فرع طارى وهو اذا هلك مال المحجور وعليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء من مصيبته فقال أشهب مصيبته من المفلس وقال ابن الماحشون مصيبته من الغرماء اذا وقعه السلطان وقال ابن القاسم ما يحتاج الى بيعة فضمانه من الغريم لانه انما يباع على ملكه وما لا يحتاج الى بيعه فضمانه من الغرماء ميثل أن يكون المال عيناً والدين عيناً وكأهم روى قوله عن مالك وفرق أصبح بين الموت والفلس فقال المصيبة في الموت من الغرماء وفي الفلس من المفلس فهذا هو القول في اصول أحكام المفلس الذي له من المال ما لا يفي بديونه وأما المفلس الذي لا مال له أصلاً فان فقهاء الامصار مجمعون على أن العدم له تأثير في استقاط الدين

الى وقت ميسرته الا ما حكى عن عمر بن عبد العزيز ان يؤاجروه وقال به أحمد من فتهاء
 الامصار وكلهم مجمعون على أن المدين اذا ادعى الفلاس ولم يعلم صدقه انه يحبس حتى يتبين
 صدقه أو يقر له بذلك صاحب الدين فاذا كان ذلك خلى سبيله وحكى عن أبى حنيفة ان
 لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار وانما صار الكل الى القول بالحبس في الديون وان كان
 لم يأت في ذلك أثر صحيح لان ذلك أمر ضرورى في استيفاء الناس حقوقهم به ضمهم من
 بعض وهذا دليل على القول بالقياس الذى يقتضى المصلحة وهو الذى يسمى بالقياس المرسل
 وقدرى أن النبى عليه الصلاة والسلام حبس رجلا في تهمة خرج به فيها أحسب أبو داود
 والحجورون عندما ملك السفهاء والفلسون والعبيد والمرضى والزوجة فيما فوق الثالث لانه
 يرى أن لزوج حقا في المال وخالفه في ذلك الاكثر وهذا القدر كاف بحسب غرضنا في
 هذا الكتاب .

— ❦ —
 ﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الصلح ﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى « والصلح خير » وما روى عن النبى عليه السلام مرفوعا
 وموقوفا على عمر امضاء الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا واتفق
 المسلمون على جوازه على الاقرار واختلفوا في جوازه على الانكار فقال مالك وأبو حنيفة
 يجوز على الانكار وقال الشافعى لا يجوز على الانكار لانه من أكل المال بالباطل من غير
 عوض والمالكية تقول فيه عوض وهو سقوط الخصومة واندفاع اليمين عنه ولا خلاف في
 مذهب مالك أن الصلح الذى يقع على الاقرار يراعى في صحته ما يراعى في البيوع فيفسد بما
 تفسد به البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته وهذا هو مثل ان يدعى
 انسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعد الاقرار بدنانير رئيسة وما أشبه هذا من البيوع
 الفاسدة من قبل الربا والغرر . وأما الصلح على الانكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه
 يراعى فيه من الصحة ما يراعى في البيوع مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه
 عليها بدنانير مؤجلة فهذا لا يجوز عند مالك وأصحابه وقال أصبغ هو جائز لان المكسر وفيه من

الطرف الواحد وهو من جهة الطالب لانه يعترف انه أخذ دنانير نسيئة في دراهم حلت له وأما الدافع فيقول هي حبة منى وأما ان ارتفع المكروه من الطرفين مثل ان يدعى كل واحد منهما على صاحبه دنانير أو دراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ثم يصطلحان على ان يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قبله الى أجل فهذا عندهم هو مكروه أما كراهيته فخافة ان يكون كل واحد منهما صادقا فيكون كل واحد منهما قد أنظر صاحبه لا نظارا لا آخر اياه فيدخله أسافنى وأسلفك وأما وجه جوازه فلان كل واحد منهما إنما يقول ما فعلت إنما هو تبرع منى وما كان يجب على شئ وهذا النحو من البيوع قيل انه يجوز اذا وقع وقال ابن الماجشون يفسخ اذا وقع عليه أثر عقده فان طال مضى فالصلح الذي يقع فيه مما لا يجوز في البيوع هو في مذهب مالك على ثلاثة أقسام صلح يفسخ باتفاق وصلح يفسخ باختلاف وصلح لا يفسخ باتفاق ان طال وان لم يطل فيه اختار في

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب الكفالة)

واختلف العلماء في نوعها وفي وقتها وفي الحكم اللازم عنها وفي شروطها وفي صفة لزومها وفي حملها ولها أسماء كفالة وحالة وضمانة وزعامة فاما انواعها فنوعان حمالة بالنفس وحمالة بالمال اما الحمالة بالمال فتأبته بالسنة وجمع عليها من الصدر الاول ومن فقهاء الامصار وحكى عن قوم انها ليست لازمة تشبيها بالعدة وهو شاذ والسنة التي صار اليها الجمهور في ذلك هو قوله عليه السلام: الزعيم غارم . واما الحمالة بالنفس وهي التي تعرف بضمان الوجه فجمهور فقهاء الامصار على جواز وقوعها شرعا اذا كانت بسبب المال وحكى عن الشافعي في الجديد انها لا تجوز وبه قال داود وحجتهم ما قوله تعالى (معاذ الله ان نأخذ الا من وجدنا متاعنا عنده) ولانها كفالة بنفس فاشبهت الكفالة في الحدود وحجة من اجازها عموم قوله عليه السلام: الزعيم غارم وتعلقوا بان في ذلك مصلحة وانه مروى عن الصدر الاول . واما الحكم اللازم عنها فجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون على ان المتحمل عنه اذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شئ وحكى عن بعضهم لزوم ذلك وفرق ابن القاسم بين ان يموت الرجل حاضرا او غائبا فقال ان مات حاضرا لم يلزم الكفيل شئ وان مات غائبا نظر فان كانت المسافة التي بين البلدين مسافة يمكن الحمل فيها

احضاره في الاجل المضروب له في احضاره وذلك نحو اليومين الى الثلاثة فقرط غرم والام
يغرم واختلقوا اذا غاب المتحمل عنه ما حكم الحميل بالوجه على ثلاثة أقوال ، القول الاول
انه يلزمه ان يحضره او يغرم وهو قول مالك واصحابه واهل المدينة ، والقول الثاني انه يحبس
الحميل الى ان يأتي به او يعلم موته وهو قول ابى حنيفة واهل العراق ، والقول الثالث انه ليس
عليه الا ان يأتي به اذا علم موضه ومعنى ذلك أن لا يكف احضاره الا مع العلم بالقدرة على
احضاره فان ادعى الطالب معرفة موضعه على الحميل وانكر الحميل كلف الطالب بيان ذلك
قالوا ولا يحبس الحميل الا اذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع فيكلف حينئذ احضاره وهذا
القول حكاه ابو عبيد القاسم بن سلام في كتابه في الفقه عن جماعة من الناس واختاره وعمدة
مالك ان المتحمل بالوجه غار لصاحب الحق فوجب عليه الغرم اذا غاب ور بما احتيج لهم بما
روى عن ابن عباس ان رجلا سأل غريمه ان يؤدي اليه ماله او يعطيه حميلا فلم يقدر حتى
حاكمه الى النبي عليه السلام فتحمل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ادى المال اليه قالوا
فهذا غرم في الجملة المطلقة ، واما اهل العراق فقالوا انما يجب عليه احضار ما تحمل به وهو النفس
فليس يجب ان يعدى ذلك الى المال الا لو شرطه على نفسه وقد قال عليه السلام المؤمنون
عند شروطهم فانما عليه ان يحضره او يحبس فيه فكما انه اذا ضمن المال فاعيا عليه ان يحضر
المال او يحبس فيه كذلك الامر في ضمان الوجه وعمدة الفرق الثالث انه انما يلزمه
احضاره اذا كان احضاره له مما يمكن وحينئذ يحبس اذا لم يحضره . واما اذا علم ان احضاره
له غير ممكن فليس يجب عليه احضاره كما انه اذا مات ليس عليه احضاره قالوا ومن ضمن
الوجه فاعرم المال فهو احرى ان يكون مغرورا من ان يكون غاراً فاما اذا اشترط الوجه
دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك ان المال لا يلزمه ولا خلاف في هذا فيما أحسب
لانه كان يكون قد ائتم ضد ما اشترط . فهذا هو حكم ضمان الوجه . واما حكم ضمان المال فان
الفقهاء متفقون على انه اذا عدم المضمون او غاب ان الضامن غارم . واختلفوا اذا حضر
الضامن والمضمون وكلاهما موصوفان الشافعي وابو حنيفة واصحابهما والثوري والاوزاعي
واحمد واسحق للطالب ان ياخذ من شاء الكفيل أو المكفول وقال مالك في احد قوله ليس
لذ ان ياخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه وله قول آخر مثل قول الجمهور وقال ابو ثور الجملة
والكفالة واحدة ومن ضمن عن رجل ما لا يلزمه ويرى المضمون ولا يجوز ان يكون مال
واحد على اثنين وبه قال ابن ابي ليلى وابن شبرمة ومن المجلة لما رأى ان الطالب يجوز له

مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائباً أو حاضر أعنيا أو عديماً حديث قبيصة بن المخارق قال تحملت حمالة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فسألته عنها فقال يخرجها عنك من ابل الصدقة يا قبيصة ان المسئلة لا تحل الا في ثلاث وذكر رجلاً تحمل حمالة رجل حتى يؤديها ووجه الدليل من هذا ان النبي صلى الله عليه وسلم أباح المسئلة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه . وأما محل الكفالة فهي الاموال عند جمهور اهل العلم لقوله عليه السلام : الزعيم غارم اعني كفالة المال وكفالة الوجه وسواء تعلقت الاموال من قبل أموال أو من قبل حدود مثل المال الواجب في قتل الخطأ أو الصلح في قتل العمد أو السرقة التي ليس بتعلق بها قطع وهي ما دون النصاب او من غير ذلك وروى عن ابي حنيفة اجازة الكفالة في الحدود والقصاص او في القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتي اعني كفالة النفس . واما وقت وجوب الكفالة بالمال اعني مطالبة بالكفيل فاجع العلماء على ان ذلك بعد ثبوت الحق على المكحول إما باقرار واما ببيعة . واما وقت وجوب الكفالة بالوجه فاختلفوا هل تلزم قبل اثبات الحق ام لا فقال قوم انها لا تلزم قبل اثبات الحق بوجه من الوجوه وهو قول شريح القاضي والشعبي وبه قال سحنون من اصحاب مالك وقال قوم بل يجب اخذ الكفيل بالوجه على اثبات الحق وهو لا يختلفوا متى يلزم ذلك والى كم من المدة يلزم فقال قوم ان اتي بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه ان يعطى ضامناً بوجهه حتى يلوح حقه والا لم يلزمه الكفيل الا ان يذكر بيعة حاضرة في المصرف عطيه حميلاً من الخمسة الايام الى الجمعة وهو قول ابن القاسم من اصحاب مالك وقال اهل العراق لا يؤخذ عليه حميل قبل ثبوت الحق الا ان يدعى بيعة حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم الا انهم حددوا ذلك بالثلاثة الايام يقولون انه ان اتي بشبهة لزمه ان يعطيه حميلاً حتى يثبت دعواه او تبطل وقد انكر والفرق في ذلك والفرق بين الذي يدعى البيعة الحاضرة والغائبة وقالوا لا يؤخذ حميل على أحد الا بيعة وذلك الى بيان صدق دعواه او ابطالها * وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين في ذلك فانه اذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن ان يغيب بوجهه فيعنت طالبه واذا أخذ عليه لم يؤمن ان تكون الدعوى باطلة فيعنت المطلوب ولهذا فرق من فرق بين دعوى البيعة الحاضرة والغائبة وروى عن عراك بن مالك قال أقبل نقر من الاعراب معهم ظهر فصحبهم رجلاً فبانام معهم فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من إبلهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أحد الرجلين اذهب واطلب وحبس الآخر فجاء بما ذهب فقال رسول

الله صلى الله عليه وسلم لا حد الرجلين استغفر لي فقال غفر الله لك قال وانت فغفر الله لك وقتلك
 في سبيله خرج هذا الحديث أبو عبيد في كتابه في الفقه قال وحمله بعض العلماء على ان ذلك
 كان من رسول الله جيبا قال ولا يعجبني ذلك لانه لا يجب الحبس بمجرد الدعوى وانما هو
 عندى من باب الكفالة بالحق الذى لم يجب اذا كانت هنالك شبهة لمكان محبتهم ما لهم فأما
 أصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور لا خلافتهم في ضمان الميت
 اذا كان عليه دين ولم يترك وقا بعدينه فأجازه مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز واستدل
 أبو حنيفة من قبل ان الضمان لا يتعلق بمعدوم قطعاً وليس كذلك المقلس واستدل من
 رأى ان الضمان يلزمه بما روى ان النبي عليه الصلاة والسلام كان في صدر الاسلام
 لا يصلى على من مات وعليه دين حتى يضمن عنه والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس
 والغائب ولا يصح عند أبي حنيفة . وأما شروط الكفالة فان أبا حنيفة والشافعي
 يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان بأذنه
 ومالك لا يشترط ذلك ولا تجوز عند الشافعي كفالة المجهول ولا الحق الذى لم يجب بعد
 وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه وأما ما تجوز فيه الجمالة بالمال مما لا تجوز فانها تجوز عند
 مالك بكل مال ثابت في الذمة الا الكتابة وما لا يجوز فيه التأخير وما يستحق شيئاً فشيئاً مثل
 النفقات على الازواج وما شاكلها .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الحوالة ﴾

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين لقوله عليه الصلاة والسلام : مظل الغنى ظلم
 واذا أحيل احدكم على غنى فليستحل والنظر في شروطها وفي حكمها من الشروط اختلافهم في
 اعتبار رضا المحال والمحال عليه فمن الناس من اعتبر رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه وهو مالك
 ومن الناس من اعتبر برضاهما معاً ومن الناس من لم يعتبر رضا المحال واعتبر برضا المحال عليه
 وهو نقيض مذهب مالك وبه قال داود فمن رأى أنها معاملة اعتبر رضا الصنفين ومن أنزل المحال
 عليه من المحال منزلته من الحيل لم يعتبر برضاها معه كيلا يعتبر مع الحيل اذا طلب منه حقه ولم

يحل عليه أحد أو أمداد فحجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: وإذا أحيل أحدكم على مليء فليتبع ولا امر على الوجوب وبقى الحال عليه على الأصل وهو اشتراط اعتبار رضاه ومن الشروط التي اتفق عليها في الجملة كون ما على الحال عليه مجانساً لما على المحيل قدر أو وصفاً إلا أن منهم من أجازها في الذهب والدراهم فقط ومنعها في الطعام والذين منعوها في ذلك رأوا أنها من باب بيع الطعام قبل أن يستوفي لأنه باع الطعام الذي كان له على غيره بالطعام الذي كان عليه وذلك قبل أن يستوفيه من غيره وأجاز ذلك مالك إذا كان الطعامان كلاهما من قرض إذا كان دين الحال حالا . وأما إن كان أحدهما من سلم فإنه لا يجوز إلا أن يكون الدينان حالان وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك إذا كان الدين الحال به حالا ولم يفرق بين ذلك الشافعي لأنه كالبيع في ضمان المستقرض وأما رخص مالك في القرض لأنه يجوز عنده بيع القرض قبل أن يستوفي . وأما أبو حنيفة فأجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدراهم وجعلها خارجة عن الأصول كخروج الحوالة بالدراهم والمسئلة مبنية على أن ما شذعن الأصول هل يقاس عليه أم لا والمسئلة مشهورة في أصول الفقه والحوالة عند مالك ثلاثة شروط ، أحدها أن يكون دين الحال حالا لأنه إن لم يكن حالا كان ديناً بدين ، والثاني أن يكون الدين الذي يحيله به مثل الذي يحيله عليه في القدر والصفة لأنه إذا اختلفا في أحدهما كان بيعاً ولم تكن حوالة فخرج من باب الرخصة إلى باب البيع وإذا خرج إلى باب البيع دخله الدين بالدين ، والشرط الثالث أن لا يكون الدين طعاماً من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين المستحل به على مذهب ابن القاسم وإذا كان الطعامان جميعاً من سلم فلا تجوز الحوالة بأحدهما على الآخر حلت الأجل أو لم تحل أو حل أحدهما ولم يحل الآخر لأنه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفي كما قلنا لكن أشبه يقول إن استوت رؤس أموالهما جازت الحوالة وكانت تولية وابن القاسم لا يقول ذلك كالحال إذا اختلفت ويتنزل الحال في الدين الذي أحيل عليه منزلة من أحاله ومنزلته في الدين الذي أحاله به وذلك فيما يريد أن يأخذ بدله منه أو يبيعه له من غيره أعني أنه لا يجوز له من ذلك إلا ما يجوز له مع الذي أحاله وما يجوز للذي أحاله مع الذي أحاله عليه ومثال ذلك أن احتال بطعام كان له من قرض في طعام من سلم أو بطعام من سلم في طعام من قرض لم يجز له أن يبيعه من غير قبل قبضه منه لأنه إن كان احتال بطعام كان من قرض في طعام من سلم نزل منزلة المحيل في أنه لا يجوز له بيع ما على غيره قبل أن يستوفيه لكونه طعاماً من بيع وإن كان احتال بطعام من سلم في طعام من قرض نزل من المحتال عليه منزلة مع من

احاله اعنى انه كما انه ما كان يجوز له ان يبيع الطعام الذى كان على غريمه الحيل له قبل أن يستوفيه كذلك لا يجوز أن يبيع الطعام الذى احيل عليه وان كان من قرض وهذا كله مذهب مالك وأدلة هذه الفروق ضعيفة . وأما احكامها فان جمهور العلماء على ان الحوالة ضد الجمالة في انه اذا افلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على الحيل بشئ قال مالك واصحابه الا أن يكون الحيل غره فاحاله على عديم وقال ابو حنيفة يرجع صاحب الدين على الحيل اذا مات المحال عليه مفلساً او جحدا لحوالة وان لم تكن لدينة وبه قال شريح وعثمان البتي وجماعة * وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة للجمالة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الوكالة ﴾

وفيها ثلاثة أبواب ، الباب الاول في أركانها وهي النظر فيما فيه التوكيل وفي الموكل والموكل ، والثاني في أحكام الوكالة ، الثالث في مخالفة الموكل للتوكيل .

﴿ الباب الاول ﴾

﴿ الركن الاول في الموكل ﴾

واتفقوا على وكالة الغائب والمرئض والمرأة المالكين لا موراقتهم واختلفوا في وكالة الحاضر الذكر الصحيح فقال مالك تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا تجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة الا ان تكون برزة فن رأى ان الاصل أن لا ينوب فعل الغير عن فعل الغير الا مادعت اليه الضرورة وانعقد الاجماع عليه قال لا تجوز نيابة من اختلف في نيابته ومن رأى ان الاصل هو الجواز قال الوكالة في كل شئ جائزة الا فيما اجمع على انه لا تصح فيه من العبادات وما جرى مجراها .

﴿ الركن الثاني في التوكيل ﴾

وشروط التوكيل أن لا يكون ممنوعاً بالشرع من تصرفه في الشئ الذى وكل فيه فلا يصح توكيل الصبي ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعي على عقد النكاح أما عند الشافعي

فلا مباشرة ولا بواسطة أى بأن توكل هى من يلى عقد النكاح ويجوز عندما لك بالواسطة الذكر

﴿ الركن الثالث فيما فيه التوكيل ﴾

وشرط محل التوكيل ان يكون قابلاً للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العتود والنسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والمجاعة والمساواة والنكاح والطلاق والخلع والصلح ولا تجوز في العبادات البدنية وتجوز في المالية كزكاة والصدقة والحج وتجوز عندما لك في الخصومة على الاقرار والانكار وقال الشافعى في أحد قوليهِ لا تجوز على الاقرار وشبه ذلك بالشهادة والايمان وتجوز الوكالة على استيفاء العتوبات عندما لك وعند الشافعى مع الحضور قولان والذين قالوا ان الوكالة تجوز على الاقرار اختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الاقرار أم لا فقال مالك لا يتضمن وقال أبو حنيفة يتضمن .

﴿ الركن الرابع ﴾

وأما الوكالة فهي عقد يلزم بالايجاب والقبول كسائر العتود وليست هى من العقود اللازمة بل الجائزة على ما نقوله في أحكام هذا العقد وهى ضربان عندما لك عامة وخاصة فالعامة هى التى تقع عنده بالتوكيل العام الذى لا يسمى فيه شئ دون شئ وذلك انه ان سمي عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض وقال الشافعى لا تجوز الوكالة بالتعميم وهى غرر وانما يجوز منها ما سمي وحدد ونص عليه وهو الاقيس اذ كان الاصل فيها المنع الا ما وقع عليه الاجماع .

﴿ الباب الثانى في الاحكام ﴾

وأما الاحكام . فمنها أحكام العقد ، ومنها أحكام فعل الوكيل فاما هذا العتد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء عند الجميع لكن أبو حنيفة يشترط في ذلك حضور الموكل وللموكل أن يعزله متى شاء قالوا الا أن تكون وكالة في خصومة وقال اصبيغ لذلك ما لم يشرف على تمام الحكم وليس للوكيل أن يعزل نفسه في الموضع الذى لا يجوز أن يعزله الموكل وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عندما لك والشافعى وقال أبو حنيفة ذلك من شرطه وكذلك ليس من شرط ثباتها عند الحاكم حضوره عندما لك وقال الشافعى من شرطه . واختلف أصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين فاذا قلنا تنفسخ بالموت كما تنفسخ بالعزل فمضى يكون الوكيل معزولاً والوكالة منفسخة في حق من عامله في

المذهب فيه ثلاثة أقوال . انها تنفسخ في حق الجميع بالموت والعزل ، والثاني انها تنفسخ في حق كل واحد منهم بالعلم فن علم انفسخت في حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ في حقه . والثالث انها تنفسخ في حق من عامل الوكيل بعلم الوكيل وان لم يعلم هو ولا تنفسخ في حق الوكيل بعلم الذي عامله اذا لم يعلم الوكيل ولكن من دفع اليه شيئاً بعد العلم بعزله ضمنه لان دفع الى من يعلم انه ليس بوكيل . وأما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة . أحدها اذا وكل على بيع شيء هل يجوز له أن يشتريه لنفسه فقال مالك يجوز وقد قيل عنه لا يجوز وقال الشافعي لا يجوز وكذلك عند مالك الاب والوصي ومنها اذا وكله في البيع وكالة مطابقة لم يجز له عند مالك ان يبيع الا بئمن مثله نقد ابتعد البلد ولا يجوز ان باع نسيئة او بغير نقد البلد او بغير ثمن المثل وكذلك الامر عنده في الشراء وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء المعين فقال يجوز في البيع أن يبيع بغير ثمن المثل وأن يبيع نسيئة ولم يجز اذا وكله في شراء عبد بعينه ان يشتريه الا بئمن المثل نقد أو يشبه ان يكون أبو حنيفة أنما فرق بين الوكيل على شراء شيء بعينه لأن من حجته أنه كما أن الرجل قد يبيع الشيء بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة راحا في ذلك كله كذلك حكم الوكيل اذ قد أنزله منزله وقول الجمهور رأين وكل ما يعتدى فيه الوكيل ضمن عند من يرى أنه تعدى واذا اشترى الوكيل شيئاً وأعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل الى الموكل وقال أبو حنيفة الى الوكيل اولاً ثم الى الموكل واذا دفع الوكيل ديناً عن الموكل ولم يشهد فانكر الذي له الدين القبض ضمن الوكيل .

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما اختلاف الوكيل مع الموكل فقد يكون في ضياع المال الذي استقر عند الوكيل وقد يكون في دفعه الى الموكل فقد يكون في مقدار الثمن الذي باع به أو اشترى اذا أمره بئمن محدود وقد يكون في الثمن وقد يكون في تعيين من أمره بالدفع اليه وقد يكون في دعوى التعدي فاذا اختلفا في ضياع المال فقال الوكيل ضاع مني وقال الموكل لم يضيع فاقول قول الوكيل ان كان لم يقبضه بينة فان كان المال قد قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفع لم يبرأ الغريم باقرار الوكيل عند مالك وغرم ثانية وهل يرجع الغريم على الوكيل فيه خلاف وان كان قد قبضه بينة برى ولم يلزم الوكيل شيء . وأما اذا اختلفا في الدفع فقال الوكيل دفعته اليك وقال الموكل لا قبيل القول قول الوكيل وقيل القول قول الموكل وقيل ان تباعد ذلك

فالقول قول الوكيل . وأما اختلافهم في مقدار الثمن الذي به أمره بالشراء فقال ابن القاسم ان لم تقم السلعة فالقول قول المشتري وان فانت فالقول قول الوكيل وقيل يتحالفان وينفسخ البيع ويتراجعان وان فانت بالتبعة وان كان اختلافهم في مقدار الثمن الذي أمره به في البيع فعند ابن القاسم ان القول فيه قول الموكل لانه جمل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة في الشراء . وأما اذا اختلفا بين أمره بالدفع ففي المذهب فيه قولان المشهور أن القول قول المأمور وقيل القول قول الأمر . وأما اذا فعل الوكيل فعلا هو تعد وزعم أن الموكل أمره فالمشهور ان القول قول الموكل وقد قيل ان القول قول الوكيل انه قد أمره لانه قد ائتمنه على الفعل .

✽ (بسم الله الرحمن الرحيم) ✽

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

✽ (كتاب اللقطة) ✽

والنظر في اللقطة في جملتين ، الجملة الاولى في أركانها ، والثانية في أحكامها .

✽ (الجملة الاولى) ✽

والاركان ثلاثة ، الالتقاط ، والمقتط ، واللقطة فأما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو أفضل أم الترك فقال أبو حنيفة الافضل الالتقاط لانه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم وبه قال الشافعي وقال مالك وجماعة بكرهية الالتقاط وروى عن ابن عمر وابن عباس وبه قال احمد وذلك لامرين ، احدهما ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال : ضالة المؤمن حرق النار ولما يخاف أيضا من التقصير في القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدي عليها وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث وقالوا أراد بذلك الانتفاع بها لا اخذها للتعريف وقال قوم بل لقطها واجب وقد قيل ان هذا الاختلاف اذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والامام عادل قالوا وان كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والامام عادل فواجب التقاطها وان كانت بين قوم مأمونين والامام جائر فلا فضل أن لا يلتقطها وان كانت بين قوم غير مأمونين والامام غير عادل فهو خير بحسب ما يغلب على ظنه من سلامتها أكثر من احد الطرفين وهذا كله ما عدا لقطة الحاج فان العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز التقاطها النهي عليه السلام عن ذلك ولقطة مكة أيضا لا يجوز

التقاطها الا لمنشد لورود النص في ذلك والمروى في ذلك لفظان ، أحدهما أنه لا ترفع انتظها
 الا لمنشد ، الثاني لا يرفع لفظتها الا لمنشد فالمعنى الواحد أنها لا ترفع الا لمن ينشد ها والمعنى الثاني
 لا يلتقطها الا من ينشد ها ليعرف الناس وقال مالك يعرف هاتان اللفظتان أبداً فاما الملتقط
 فهو كل حر مسلم بالغ لانها ولاية واختلف عن الشافعي في جواز التقاط الكافر قال ابو حامد
 والاصح جواز ذلك في دار الاسلام قال وفي أهلية العبد والفاسق له قولان فوجه المنع
 عدم أهلية الولاية ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة . وأما اللقطة بالجملة فانها كل مال لمسلم
 معرض للضياع كان ذلك في عام الارض أو غامر ها والحيوان في ذلك سواء الا
 الابل بانفاق والاصل في اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهني وهو متفق على صحته أنه قال :
 جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها
 ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والافشأ نك بها قال فضالة الغنم يارسول الله قال هي لك أو
 لاختك أولذئب قال فضالة الابل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء
 وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها وهذا الحديث يتضمن معرفة ما يلقط مما لا يلتقط . ومعرفة
 حكم ما يلقط . كيف يكون في العام وبعده وماذا يستحقها مدعيها . فاما الابل فاتفقوا على أنها
 لا تلتقط واتفقوا على الغنم أنها تلتقط وترددوا في البقر والنص عن الشافعي أنها كالابل وعن
 مالك أنها كالغنم وعنه خلاف

§ (الجملة الثانية) §

وأما حكم التعريف فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها بال سنة ما لم تكن من الغنم
 واختلفوا في حكمها بعد السنة فاتفق فقهاء الامصار مالك والثوري والازاعي وأبو حنيفة
 والشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور اذا انقضت كان له أن يأكلها ان كان فقيراً أو يتصدق بها
 ان كان غنياً فان جاء صاحبها كان مخيراً بين ان يحجز الصدقة فينزل على ثوابها أو يضعه اياها
 واختلفوا في الغني هل له أن يأكلها أو يتفقها بعد الحول . فقال مالك والشافعي لذلك وقال
 أبو حنيفة ليس له الا أن يتصدق بها وروى مثل قوله عن علي وابن عباس وجماعة من التابعين
 وقال الازاعي ان كان مالا كثيراً جمع له في بيت المال وروى مثل قول مالك والشافعي
 عن عمرو بن مسعود وابن عمر وعائشة وكلهم متفقون على أنه ان أكلها ضمنها صاحبها الا
 اهل الظاهر واستدل مالك والشافعي بقوله عليه السلام : فشانك بها ولم يفرق بين غني وفقير

ومن الحجّة لهما ما رواه البخاري والترمذي عن سويد بن غفلة قال لقيت أوس بن كعب فقال وجدت حصة فيها مائة دينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولاً فعرّفها فلم أجدهم أتيتها ثلاثاً فقال احفظ وعاءها ووكاءها فإن جاء صاحبها والا فاستمتع بها أو خرج الترمذي وأبو داود فاستنتفها بسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لا يصل الشرع ودوّأه لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه فمن غلب هذا الاصل على ظاهر الحديث وهو قوله بعد التعريف فشانك بها قال لا يجوز فيها انصرف الا بالصدقة فقط على ان يضمن ان لم يحرز صاحب اللقطة الصدقة: ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الاصل ورأى انه مستثنى منه قال تحل له بعد العام وهي مال من ماله لا يضمنها ان جاء صاحبها ومن توسط قال يتصرف بعد العام فيها وان كانت عيناً على جهة الضمان. وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاها فاتفقوا على أنها لا تدفع اليه اذ لم يعرف العفاص ولا الوكاء واختلفوا اذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك الى بينة أم لا. فقال مالك يستحق بالعلامة ولا يحتاج الى بينة. وقال ابو حنيفة والشافعي لا يستحق الا بينة. وسبب الخلاف معارضة الاصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث فمن غلب الاصل قال لا بد من البينة ومن غلب ظاهر الحديث قال لا يحتاج الى بينة واما اشتراط الشهادة في ذلك الشافعي وابو حنيفة لان قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فشانك بها يحتمل أن يكون انما امره بمعرفة العفاص والوكاء لئلا تختلط عنده بغيرها ويحتمل ان يكون انما امره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء فلم يقع الاحتمال وجب الرجوع الى الاصل فان الاصول لا تعارض بالاحتمالات المخالفة لها الا ان تصح الزيادة التي تذكرها بعد وعند مالك واحجابه ان على صاحب اللقطة ان يصف مع العفاص والوكاء صفة الدنانير والعدد قالوا ذلك موجود في بعض روايات الحديث ولفظه فان جاء صاحبها او وصف عفاصها ووكاءها وعددها فدفعها اليه قالوا ولكن لا يضره الجهل بالعدد اذا عرف العفاص والوكاء وكذلك ان زاد فيه واختلفوا ان نقض من العدد على قولين وكذلك اختلفوا اذا جهل الصفة وجاء بالعفاص واما اذا غلط فيها فلا شيء له واما اذا عرف إحدى العلامتين اللتين وقع النص عليهما وجهل الاخرى فقليل انه لا شيء له الا بمعرفةهما جميعاً وقيل يدفع اليه بعد الاستبراء وقيل ان ادعى الجهالة استبرأ وإن غلط لم تدفع اليه واختلف المذهب اذا أتى بالعلامة المستحقة هل يدفع اليه يمين او بغير يمين فقال ابن القاسم بغير يمين وقال اشهب يمين. واما ضالة الغنم فان العلماء اتفقوا

(١٧ — بدايه ني)

على ان لو اجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد من العمران ان ياكلها لقوله عليه السلام في الشاة: هي لك اولاً خيك اولاً ذئب واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها ام لا فقال جمهور العلماء انه يضمن قيمتها . وقال مالك في اشهر الاقاويل عنه انه لا يضمن . وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للاصل المعلوم من الشريعة الا ان مال الكاهن غالب الظاهر فجرى على حكم الظاهر ولم يجز كذلك في التصرف فيما وجب تعريضه بعد العام لقوة اللفظ ها هنا وعنه رواية أخرى انه يضمن وكذلك كل طاعم لا يبقى اذا خشي عليه التلف ان تركه وتحصيل مذهب مالك عند أصحابه في ذلك انه اعلی ثلاثة اقسام . قسم يبقى في يده ملتقطه ويخشى عليه التلف ان تركه كالعين والعروض . وقسم لا يبقى في يده ملتقطه ويخشى عليه التلف ان تركه كالشاة في القفر والطعام الذي يسرع اليه السباع وقسم لا يخشى عليه التلف . فاما القسم الاول وهو ما يبقى في يده ملتقطه ويخشى عليه التلف فانه ينقسم ثلاثة اقسام ، أحدها أن يكون سيرا لا بال له ولا قدر لقيمته ويعلم أن صاحبه لا يطالبه لتفاته فهذا لا يعرف عنده وهو لمن وجده والاصل في ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بتمر في الطريق فقال ، لولا أن تكون من الصدقة لا كلها ولم يدكر فيها تعريضها وهذا مثل العصا والسوط وان كان أشرب قد استحسن تعريض ذلك ، والثاني ان يكون سيرا الا أن له قدراً ومنفعة فهذا الاختلاف في المذهب في تعريضه واختلفوا في قدر ما يعرف فقيل سنة وقيل أياماً ، وأما الثالث فهو ان يكون كثيراً أو له قدر فهذا الاختلاف في وجوب تعريضه حولاً . واما القسم الثاني وهو ما لا يبقى في يده ملتقطه ويخشى عليه التلف فان هذا إما كان غنياً أو فقيراً وهل يضمن فيه ربايتان كما قلنا إلا شهر أن لا ضمان واختلفوا ان وجد ما يسرع اليه الفساد في الحاضرة فقيل لا ضمان عليه وقيل عليه الضمان وقيل بالدرق بين أن يتصدق به فلا يضمن أو يأكله فيضمن . واما القسم الثالث فهو كالأبل اعني ان الاختيار عنده فيه الترك للص الوارد في ذلك فان أخذها وجب تعريضها والاختيار تركها وقيل في المذهب دعوام في جميع الأزمنة وقيل انما هو في زمان العدل وأن الافضل في زمان غير العدل التقاطها . واما ضمانها في الذي تعرف فيه فان العلماء اتفقوا على ان من التقطها واشهد على التقاطها فله كتمه عنده أنه غير ضامن واختلفوا اذا لم يشهد فقال مالك والشافعي وابو يوسف ومحمد بن الحسن لا ضمان عليه ان لم يضيع وان لم يشهد وقال ابو حنيفة وزفر يضمنها ان هلك ولم يشهد استدلال مالك والشافعي بأن اللقطة ودبعة فلا ينقلها ترك الاشهاد من الأمانة الى الضمان قالوا وهي ودبعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره انه قال ان جاء صاحبها

والأفلىكن وديعة عندك واستدل أبو حنيفة وزفر بحديث مطرف بن الشخير عن عياض
ابن جهم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من التقط لقطعة فليشبه ذوى
عدل عليها ولا يكتم ولا يعنت فإن جاء صاحبها فهو أحق بها والا فهو مال الله يؤتية من يشاء
وتحصيل المذهب فى ذلك أن واجد اللقطة عند مالك لا يخلو التقاطه لها من ثلاثة أوجه ،
أحدها أن يأخذها على جهة الاغتيال لها ، والثانى أن يأخذها على جهة الالتقاط ، والثالث
أن يأخذها لا على جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال ونأخذها على جهة الالتقاط . فهى
أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها فان ردها بعد ان التقطها فقال ابن القاسم يضمن وقال اشهب
لا يضمن اداردها فى موضعها فان ردها فى غير موضعها ضمن كالوديعة والقول قوله فى تلفها دون
يمين الا ان يتهم . واما اذا قبضها مغتالا لها فهو مضمون لها ولو كان لا يعرف هذا الوجه الا من
قبله . واما الوجه الثالث فهو مثل ان يجد ثوبا فياً أخذوه وهو يظنه لقوم بين يديه ليستلمهم عنه
فهذا ان لم يعرفه ولا ادعوه كان له ان يرده حيث وجدوه ولا ضمان عليه ما تقا عند اصحاب مالك
وتتعلق بهذا الباب مسئلة اختلف العلماء فيها وهو العبد يستملك اللقطة فقال مالك انها فى رقبته
إما ان يسلمه سيده فيها . واما ان يفديه قيمتها اذا كان استهلا كقتل الحول فان
استهلكها بعد الحول كانت ديناً عليه ولم تكن فى رقبته وقال الشافعى ان علم بذلك السيد فهو
الضامن وان لم يعلم بها السيد كانت فى رقبته العبد واختله واهل يرجع الملتقط بما انفق على
اللقطة على صاحبها أم لا فقال الجمهور وملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلا يرجع بشئ من ذلك
على صاحب اللقطة وقال الكوفيون لا يرجع بما انفق الا ان تكون النفقة عن ادن الحاكم
وهذه المسئلة هى من احكام الالتقاط . وهذا القدر كف بحسب غرضنا فى هذا الباب .

*(باب فى اللقيط) *

والنظر فى احكام الالتقاط وفى الملتقط واللقيط وفى احكامه وقال الشافعى كل شئ ضائع
لا كفل له فلقاطه من فروض الكفايات وفى وجوب الاشهاد عليه خيفة الاسترقاق
خلاف والخلاف فيه مبنى على الاختلاف فى الاشهاد على اللقطة واللقيط هو الصبي
الصغير غير البالغ وان كان مميزاً فيه فى مذهب الشافعى ردود الملتقط هو كل حر عدل رشيد
وليس العبد والمكاتب ملتقط . والكافر ملتقط الكافر دون المسلم لا بد ولا يذله عليه ويلتقط
المسلم الكافر وينزع من يد الفاسق والمبذر وليس من شرط الملتقط الغنى ولا تازم نفقة الملتقط .

على من التتقطه وان اتفق لم يرجع عليه بشئ . واما احكامه فانه يحكم له بحكم الاسلام ان التتقطه
في دار المسلمين و يحكم للطفل بالاسلام بحكم ابيه عندما ملك وعند الشافعي بحكم من اسلم منهما
و بد قال ابن وهب من اخاب مالك وقد اختلف في اللقيط . قيسل انه عبد لمن التتقطه وقيل انه
حر و ولاؤه لمن التتقطه وقيل انه حر و ولاؤه للمسلمين وهو مذهب مالك والذي تشهد له
الاصول الا ان ثبت في ذلك اثر تخصص به الاصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام : برث
المرأة ثلاثة لقيطها وعتيقها وولدها الذي لا عنت عليه .

• (بسم الله الرحمن الرحيم) •

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

• (كتاب الوديعة) •

وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الامصار في هذا الكتاب هي في احكام الوديعة ففيها اهم
اتفقوا على انها امانة لا مضمونة الا ما حكى عن عمر بن الخطاب قال المالكيون والدليل على
نها امانة ان الله امر برد الامانات ولم يأمر بالشهاد فوجب ان يصدق المستودع في دعوارد
الوديعة مع يمينه ان كذبه المودع قالوا الا ان يدفعها اليه بيينة فانه لا يكون القول قوله قالوا لانه
اذا دفعها اليه بيينة فكانه ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها فيصدق في تلفها ولا يصدق على
ردها هذا هو المشهور عن مالك واصحابه وقد قيل عن ابن القاسم ان القول قوله وان دفعها اليه
بيينة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وهو التماس لانه فرق بين التلف ودعوى الرد وبعدها
تلتعض الامانة وهذا فمن دفع الامانة الى اليد التي دفعها اليه . وأما من دفعها الى غير اليد التي
دفعها اليه فعليه ما على ولي اليتيم من الاشهاد عندما لك والا ضمن يري بقول الله عز وجل (فاذا
دفعتم اليهم اموالهم فاشهدوا عليهم) فان انكر القابض القبض فلا يصدق المستودع في الدفع
عندما لك واصحابه الا بيينة وقد قيل انه يتخرج من المذهب انه يصدق في ذلك وسواء عند
مالك امر صاحب الوديعة بدفعها الى الذي دفعها أو لم يأمر وقال ابو حنيفة ان كان ادعى دفعها
الى من امر بدفعها فالقول قول المستودع مع يمينه فان اقر المدفوع اليه بالوديعة أعنى اذا كان غير
المودع وادعى التلف فلا يخلو ان يكون المستودع دفعها الى امانة وهو وكيل المستودع او الى
ذمة فان كان القابض اميناً فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال مرة يبرأ الدافع بتصدق
القابض وتكون المصيبة من الامر الوكيل بالقبض ومرة قال لا يبرأ الدافع الا باقامة البينة

على الدفع أو يأتي القابض بالمال . وأما أن دفع الى ذمة مثل أن يقول رجل للذي عنده الوديعة ادفعها الى سُلماً أو تسلمها في سُلعة أو ما شبه ذلك فإن كانت الذمة قائمة برى الدافع في المذهب من غير خلاف وإن كانت الذمة خربة فتتولان بالسبب في هذا الاختلاف كله أن الأمانة تنوى دعوى المدعى حتى يكون القول قول له مع يمينه فمن شبه أمانة الذي امر المودع أن يدفعها اليه أعنى الوكيل بأمانة المودع عنده قال يكون القول قوله في دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ومن رأى أن تلك الأمانة أضعف قال لا يبرأ الدافع بتصدق القابض مع دعوى التلف ومن رأى المأمور بمنزلة الأمر قال القول قول الدافع للأمر وكما كان القول قوله مع الأمر وهو مذهب أبي حنيفة ومن رأى أنه أضعف منه قال الدافع ضامن إلا أن يحضر القابض المال وإذا أودعها بشرط الضمان فالجهر ورعى أنه لا يضمن وقال الغير يضمن وبالجمله قاله فقهاء يرون بأجمعهم أنه لا ضمان على صاحب الوديعة إلا أن يتعدى ويختلفون في أشياء هل هي تعد أم ليس بتعد فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب إذا انفق الوديعة ثم رد مثلها أو أخرجها لنفقتة ثم ردها فقال مالك يستقط عنه الضمان بحاله إذا ردها وقال أبو حنيفة أن ردها بعينها قبل أن ينفقا لم يضمن وإن ردها بغيره يضمن وقال عبد الملك والشافعي يضمن في الوجهين جميعاً فمن غلط الأمر ضمنه إياها بتحريرها أو نية استئاقها ومن رخص لم يضمنها إذا أعاد مثلها ومنها اختلافهم في السفر بها فقال مالك ليس له أن يسافر بها إلا أن تعطي له في سفر وقال أبو حنيفة له أن يسافر بها إذا كان الطريق آمناً ولم ينه صاحب الوديعة ومنها أنه ليس للمودع عنده أن يودع الوديعة غيره من غير عذر فإن فعل ضمن وقال أبو حنيفة أن أودعها عند من تازمه نفقته لم يضمن لأنه شبهه بأهل بيته وعند مالك أن يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلته من زوج أو ولد أو أمانة أو من أشبههم وبالجمله فعند الجميع أنه يجب عليه أن يحفظها بما جرت به عادة الناس أن تحفظ أموالهم فما كان بيناً من ذلك أنه حفظ اتفق عليه وما كان غير بين أنه حفظ اختلف فيه مثل اختلافهم في المذهب فبعض جعل وديعة في جيبه فذهبت والاشهر أنه يضمن وعند ابن وهب أن من أودع وديعة في المسجد فجعلها على نعله فذهبت أنه لا ضمان عليه ويختلف في المذهب في ضمانها بالنسيان مثل أن ينساها في موضع أو ينسى من دفعها إليه ويدعيها رجلاً فقيل يحلفان وتقسيم بينهما وقيل أنه يضمن لكل واحد منهم وإذا أراد السفر فله عند مالك أن يودعها عند ثقة من أهل البلد ولا ضمان عليه قدر على دفعها الى الخا كم أو لم يقدر واختلف في ذلك أصحاب الشافعي فمنهم من يقول أن أودعها لغير الخا كم ضمن وقبول الوديعة

عندما لك لا يجب في حال ومن العلماء من يرى انه واجب اذا لم يجد المودع من يودعها عنده ولا اجر للمودع عنده على حفظ الوديعة وما يحتاج اليه من مسكن أو ثقتة فعلي ربهما واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو فمين اودع مالا فتعدى فيه وتجرب به فربح فيه هل ذلك الربح حلال له أم لا فقال مالك والليث وابو يوسف وجماعة اذا رد المال طاب له الربح وان كان غاصباً للمال فضلاً عن ان يكون مستودعاً عنده وقال ابو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن يؤدي الاصل ويتصدق بالربح وقال قوم لرب الوديعة الاصل والربح وقال قوم هو خير بين الاصل والربح وقال قوم البيع الواقع في تلك التجارة فاسد وهو لا يحل لهم الذين اوجبوا التصديق بالربح اذا مات من اعتبر التصرف قال الربح للمتصرف ومن اعتبر الاصل قال الربح لصاحب المال ولذلك لما امر عمر رضي الله عنه ابنه عبد الله وعبيد الله ان يصرفا المال الذي اسلفهما ابو موسى الاشعري من بيت المال فبجرا فيه فربحاً قيل له لو جعلته قرصاً فأجاب الى ذلك لانه قدر وي انه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء وان ذلك عدل .

« (بسم الله الرحمن الرحيم) »

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

« (كتاب العارية) »

والنظر في العارية في اركانها واحكامها واركانها خمسة ، الاعارة ، والمعير ، والمستعير ، والمعار والصيغة . اما الاعارة فهي فعل خير ومنتدوب اليه وقد شدد فيها قوم من السلف الاول روى عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود انهما قالوا في قوله تعالى «ويمنعون الماعون» انه متاع البيت الذي يتعاطاه الناس بينهم من القاس والدلو والحبل والقدر وما شبه ذلك . واما المعير فلا يعتبر فيه الا كونه مالاً للعارية اما الرقبة او اما المقتمة او الاظهر أنها لا تنصح من المستعير أعني أن يعيرها . واما العارية فتكون في الدور والارضين والحيوان وجميع ما يعرف بعينه اذا كانت منفعة بها استعمال ولذلك لا يجوز زباجة الجوارى للاستمتاع ويكره الاستيخدام الا أن تكون ذاهباً . واما صيغة الاعارة فهي كل لفظ يدل على الاذن وهي عقد جائز عند الشافعي وأبي حنيفة أى للمعير ان يستعير عاريتاً اذا شاء وقال مالك في المشهور ليس له استرجاعها قبل الانتفاع وان شرط مدة ما لم يمتها تلك المدة وان لم يشرط مدة لم يمتها من المدة ما يرى الناس انه مدة لمثل تلك العارية * وسبب الخلاف ما يوجد فيها من شبه العقود

اللازمة وغير اللازمة . واما الاحكام فكثيرة واشهرها هل هي مضمونة أو امانة فمنهم من قال انها مضمونة وان قامت البينة على تلفها وهو قول اشهب والشافعي واحد قولى مالك ومنهم من قال نقيض هذا وهوانها ليست مضمونة أصلا وهو قول أبي حنيفة ومنهم من قال يضمن فيما يغاب عليه اذا لم يكن على التلف بينة ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم وأكثر اصحابه . وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ورد في الحديث ان ثابت انه قال عليه السلام لصفيان بن أمية بل عارية مضمونة ، وادة وفي بعضها بل عارية مؤادة وروى عنه أنه قال ليس على المستعير ضمان فمن رجح وأخذ بهذا استطاع الضمان عنه ومن اخذ بحديث صفوان بن أمية الزم الضمان ومن ذهب بمذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه إلا أن الحديث الذي فيه ليس على المستعير ضمان غير مشهور وروى حديث صفوان صحيح ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ومن فرق قال الوديعة متبوضة لمنفعة الدافع والعارية لمنفعة القابض وانفقوا في الإحارة على أنها غير مضمونة أعنى الشافعي وأبا حنيفة ومالكاً ويزم الشافعي اذا سلم انه لا ضمان عليه في الاجارة أن لا يكون ضمان في العارية ان سلم ان سبب الضمان هو الانتفاع لانه اذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فاحرى أن لا يضمن حيث قبض لمنفعته اذ كانت منفعة الدافع مؤثرة في استقاط الضمان واختلقوا اذا شرط الضمان فقال قوم يضمن وقال قوم لا يضمن والشرط باطل ويحسب على قول مالك اذا اشترط الضمان في الموضع الذي لا يجب فيه عليه الضمان ان يلزم اجارة المثل في استعماله العارية لان الشرط يخرج العارية عن حكم العارية الى باب الاجارة الفاسدة اذا كان صاحبها المريض ان يعيدها الا ما أن يخرجها في ضمانه فهو عوض مجهول فيجب ان يرد الى معلوم واختلف عن مالك والشافعي اذا غرس المستعير ونبت ثم انتقضت المدة التي استعار اليها . فقال مالك المالك بالخيار ان شاء اخذ المستعير ثقل غراسه وبنائه وان شاء اعطاه قيمته مملوفا اذا كان المالك قيمة بعد القلع وسواء عند مالك انتقضت المدة المحدودة بالشرط او بالعرف او العادة . وقال الشافعي اذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبة بالقلع بل بخير المعير بان يبقيه باجر يعطيه او ينتقض بارش او بتملكه ببدل فاهما اراد المعير اجر عليه المستعير فان ابى كلف تهرىع الملك وفي جواز بيعه المنتقص عنده خلاف لانه معرض للنتقص فرأى الشافعي ان اخذ المستعير بالقلع دون ارش هو ظلم ورأى مالك ان عليه اخلاء المحل وان العرف

في ذلك يتنزل منزلة الشروط وعند مالك انه ان استعمل العارية استعمالاً ينتقصها عن الاستعمال
 المأذون فيه ضمن ما تنقصها بالاستعمال واختلفوا من هذا الباب في الرجل يسأل جاره
 ان يعيره جداره ليغرز فيه خشبة لمنفعة ولا تضر صاحب الجدار وبالجملة في كل ما ينتفع به
 المستعير ولا ضرر على المعير فيه فقال مالك وأبو حنيفة لا يقضى عليه به اذ العارية لا يقضى بها وقال
 الشافعي واحمد وأبو ثور وداود وجماعة أهل الحديث يقضى بذلك وحجتهم ما خرجه مالك عن
 ابن شهاب عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يمنع أحدكم
 جاره ان يغرز خشبة في جداره ثم يقول أبو هريرة مالي أرا كم عنهما معرضين والله لا رمين بها بين
 اكتافكم واحتجوا أيضاً بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب ان الضحاك بن قيس ساق
 خليجاً له من العريض فاراد أن يمر به في أرض محمد بن مسامة فابى محمد فقال له الضحاك أنت
 تمنعني وهولك منفعة تسقي منه أولاً وآخرأ ولا يضرك فابى محمد فكم فيه الضحاك عمر بن
 الخطاب فدعى عمر محمد بن مسامة فامرهُ أن يخلي سبيله قال محمد لا فقال عمر لا تمنع أخاك
 ما ينفعه ولا يضرك فقال محمد لا فقال عمر والله ليمرن به ولو على بطنك فامرهُ عمر ان يمر به ففعل
 الضحاك وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازني عن أبيه أنه قال كان في حائط جدى ربيع
 لعبد الرحمن بن عوف فاراد ان يحوله الى ناحية من الحائط فنعه صاحب الحائط فكم عمر بن
 الخطاب فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله وقد عدل الشافعي ما لا كالا دخاله هذه
 الأحاديث في موطنه وتر كذا لا خذنها وعمدة مالك وأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام :
 لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه وعند الغير ان عموم هذا مخصص بهذه
 الأحاديث وبخاصة حديث أبي هريرة وعند مالك انها محمولة على الندب وانه اذا أمكن أن
 تكون مخصصة وان تكون على الندب فحملها على الندب اولى لان بناء العام على الخاص
 انما يجب اذا لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض وروى اصيبغ عن ابن القاسم انه لا يؤخذ
 بقضاء عمر على محمد بن مسامة في الخليج ويؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف في تحويل
 الربيع وذلك انه رأى ان تحويل الربيع أسير من ان يمر عليه بطريق لم يكن قبل وهذا
 القدر كاف بحسب غرضنا .

﴿ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴾
 وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الغصب ﴾

وفيه بابان ، الاول فى الضمان وفيه ثلاثة أركان ، الاول الموجب للضمان ، والثانى ما فيه الضمان
 والثالث الواجب ، وأما الباب الثانى فهو فى الطوارئ على المغصوب .

(الباب الاول)

﴿ الركن الاول ﴾

وأما الموجب للضمان فهو اما المباشرة لاخذ المال المغصوب أولاً تلافيه واما المباشرة للسبب
 المتلف واما اثبات اليد عليه واختلفوا فى السبب الذى يحصل بمباشرة الضمان اذا تناول
 التلف بواسطة سبب آخر هل يحصل به ضمان أم لا وذلك مثل ان يفتح قفصاً فيه طائر فيطير
 بعد الفتح فقال مالك يضمه هاجه على الطير ان أولم يهجه وقال أبو حنيفة لا يضم على حال
 وفرق الشافعى بين ان يهجه على الطير ان أولم يهجه فقال يضم ان هاجه ولا يضم ان لم
 يهجه ومن هدامن حفر بئراً فسقط فيه شئ فهلك فالك والشافعى يقولان ان حفره بحيث
 ان يكون حفره تعدى ضمن ما تلف فيه والام يضم ويحجب على اصل أبى حنيفة انه لا يضم
 مسئلة الطائر وهل يشترط فى المباشرة العمدا ولا يشترط فلا شهر أن الاموال تضمن عمداً
 وخطأ وان كانوا قد اختلفوا فى مسائل جزئية من هذا الباب وهل يشترط فيه ان يكون مختاراً
 فالمعلوم عن الشافعى انه يشترط ان يكون مختاراً ولذلك رأى على المسكر الضمان أعنى المسكره
 على الاتلاف .

﴿ الركن الثانى ﴾

وأما ما يجب فيه الضمان فهو كل مال أتلقت عينه أو تلقت عند الغاصب عينه بامر من السماء أو
 سلطت اليد عليه وتملك وذلك فيما ينقل ويحول بانفاق واختلفوا فيما لا ينقل ولا يحول مثل العقار
 فقال الجمهور انما تضمن بالغصب اعنى انما ان هدمت الدار ضمن قيمتها وقال أبو حنيفة
 لا يضم * وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل
 ويحول فمن جعل حكم ذلك واحدا قال بالضمان ومن لم يجعل حكم ذلك واحدا قال لا ضمان .

الركن الثالث

وهو الواجب في الغصب والواجب على الغاصب ان كان المال قائماً عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان ان يرد به بعينه وهذا لا خلاف فيه فاذا ذهبت عينه فانفقوا على أنه اذا كان مكيلاً أو موزوناً ان على الغاصب المثل اعني مثل ما استهلك صفقة ووزناً واختلوا في العروض فقال مالك لا ينقض في العروض من الحيوان وغيره الا بالقيمة يوم استهلك وقال الشافعي وابو حنيفة وداود الواجب في ذلك المثل ولا تلزم القيمة الا عند عدم المثل وعمدة مالك حديث أبي هريرة المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم : من اعتق شقصة له في عبد قوم عليه الباقي قيمة العدل الحديث ووجه الدليل منه انه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى « فجزاء مثل ما قتل من النعم » ولان منفعة الشيء قد تكون هي المتصورة عند المتعدي عليه ومن الحجة لهم ما خرجه ابوداود من حديث انس وغيره ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نساءه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام قال فضربت بيدها فكسرت القصعة فأخذ النبي صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم احداهما الى الاخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول غارت امكم كلوا كلوا حتى جاءت قصعتها التي في بيتها وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم القصعة حتى فرغوا فدفع الصفحة الصحيحة الى الرسول وحبس المكسورة في بيته وفي حديث آخر أن عائشة كانت هي التي غارت وكسرت الااء وأنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما كفارة ما صنعت قال ااء مثل اناء وطعام مثل طعام .

(الباب الثاني في الطواريء)

والطواريء على المنصوب إما بزيادة وإما بنقصان وهذا ان إماماً من قبل المخلوق وإماماً من قبل الخالق . فأما النقصان الذي يكون بأمر من السماء فانه ليس له الا ان يأخذه ناقصاً أو يضمه قيمته يوم الغصب وقيل ان لدان يأخذ ويضمن الغاصب قيمة العيب . واما ان كان النقص بجناية الغاصب فالمنصوب مخير في المذهب بين ان يضمه القيمة يوم الغصب او يأخذ وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون ما نقصته الجناية يوم الغصب وذهب اشهب الى انه مخير بين ان يضمه القيمة او يأخذ ناقصاً ولا شيء له في الجناية كالذي يصاب بأمر من السماء واليه ذهب ابن المواز . والسبب في هذا الاختلاف ان من جعل المنصوب مضموناً على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ما حدث فيه من نماء أو نقصان كأنه حدث

في ملك صحيح فوجب له الغلة ولم يوجب عليه في النقصان شيئاً أسوأ كان من سببه أو من عند الله وهو قياس قول أبي حنيفة وبالجملة فقياس قول من يضمه قيمته يوم الغصب فقط ومن جعل المعضوب مضموناً على الغاصب بقيمته في كل أو أن كانت يده عليه أخذه برفع القيم وأوجب عليه رد الغلة وضمان النقصان سواء كان من فعله أو من عند الله وهو قول الشافعي وأقياس قوله ومن فرق بين الجنابة التي تكون من الغاصب وبين الجنابة التي تكون بأمر من السماء وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم فعمدته قياس الشبهة لأنه رأى أن جنابة الغاصب على الشيء الذي غصبه هو غصب ثان متكرر منه كما لو جنى عليه وهو في ملك صاحبه فهذا هو نكتة الاختلاف في هذا الباب فقف عليه . وإما أن كان الجنابة عند الغاصب من غير فعل الغاصب فالمعضوب مخير بين أن يضم من الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجنائي وبين أن يترك الغاصب ويتبع الجنائي بحكم الجنائيات فهذا حكم الجنائيات على العين في يد الغاصب . وأما الجنابة على العين من غير أن يغصبها غاصب فإنها تنقسم عند مالك إلى قسمين جنابة تبطل بسير أمر المنفعة والمقصود من الشيء باق فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجنابة وذلك بأن يقوم صحيحاً ويقوم بالجنابة فيعطى ما بين القيمتين . وإما أن كانت الجنابة مما تبطل العرض المقصود فإن صاحبه يكون مخيراً أن شاء أسلمه للجنائي وأخذ قيمته وإن شاء أخذ قيمة الجنابة وقال الشافعي وأبو حنيفة ليس له القيمة الجنابية * وسبب الاختلاف الالتفات إلى الحمل على الغاصب وتشبيهه بالثوب أو كثر المنفعة بالثوب العين . وأما انمائه فإنه على قسمين ، أحدهما أن يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب ، والثاني أن يكون مما أحدثه الغاصب . فاما الأول فإنه ليس بفوت . وأما انمائه مما أحدثه الغاصب في الشيء المعصوب فإنه ينقسم فيأمر واد ابن القاسم عن مالك إلى قسمين ، أحدهما أن يكون قد جعل فيه من ماله ماله عين قائمة كالصبغ في الثوب والنقش في البناء وما أشبه ذلك ، والثاني أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة والنسج وطحن الخنطة والخشبة يعمل منها ثوابت فاما الوجه الأول وهو أن يجعل فيه من ماله ماله عين قائمة فإنه ينقسم إلى قسمين ، أحدهما أن يكون ذلك الشيء مما يمكنه إعادته على حاله كالبقعة يبننها وما أشبه ذلك ، والثاني أن لا يتدر على إعادته كالثوب يصبغه والسويق يلبثه فاما الوجه الأول فالمعضوب منه مخير بين أن يأمر الغاصب بإعادة البقعة على حالها وإزالة ماله فيها مما جعله من نقض أو غيره وبين أن يعطى الغاصب قيمة ماله فيها من النقض مقبوعاً بعد حط أجر القلع وهذا إذا كان الغاصب

ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بغيره وانما يستأجر عليه وقيل انه لا يحيط من ذلك أجر القلع هذا
 ان كانت له قيمة . واما ان لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغمصوب فيه شيء لان من حق
 المغمصوب ان يعيد له الغاصب ما غصب منه على هيئته فان لم يطالبه بذلك لم يكن له قتال . واما
 الوجه الثاني فهو فيه محير بين ان يدفع قيمة الصبغ وما اشبهه ويأخذ ثوبه وبين ان يضمه
 قيمة الثوب يوم غصبه الا في السويق الذي يلته في السمن وما أشبه ذلك من الطعام فلا يخير فيه
 فيه لما يدخله من الربا ويكون ذلك فوتا يلزم الغاصب فيه المثل او القيمة فيما لا مثل له . واما
 الوجه الثاني من التمسيم الاول وهو ان لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه في الشيء المغمصوب
 سوى العمل فان ذلك ايضا ينقسم قسمين . احدهما ان يكون ذلك يسيرا لا ينتقل به الشيء
 عن اسمه بمخرطة الخياطة في الثوب أو الرقعة . والثاني ان يكون العمل كثيرا ينتقل به الشيء
 المغمصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوت أو القمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة تصوغها
 حليا أو دراهم . فاما الوجه الاول فلا حق فيه للغاصب ويأخذ المغمصوب منه الشيء المغمصوب
 معمولاً . واما الوجه الثاني فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المغمصوب يوم غصبه او مثله في
 ماله مثل هذا تفصيل مذهب ابن القاسم في هذا المعنى وأشبه يجعل ذلك كله للمغمصوب
 أصله مسألة البنيان فيقول انه لا حق للغاصب فيما لا يقدر على أخذه من الصبغ والرقع والنسج
 والدباغ والطحين وقدر وى عن ابن عباس أن الصبغ تقويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم
 الغصب وقد قيل انهما يكونان شريكين هذا بقيمة الصبغ وهذا بقيمة الثوب ان ائرب
 الثوب أن يدفع قيمة الصبغ وان أبى الغاصب ان يدفع قيمة الثوب وهذا القول أنكره ابن
 القاسم في المدونة في كتاب اللقطة وقال ان الشركة لا تكون الا فيما كان بوجه شبهة جلية
 وقول الشافعي في الصبغ مثل قول ابن القاسم الا أنه يجيز الشركة بينهما ويقول انه يؤمر
 الغاصب بقلع الصبغ ان أمكنه وان نقص الثوب وبضمن للمغمصوب مقدار نقصان
 وأصول الشرع تقتضى أن لا يستحل مال الغاصب من أجل غصبه وسواء كان منفعة
 أو عيناً الا أن يحتاج محتج بقوله عليه الصلاة والسلام ليس العرق ظالم حق لكن هذا مجمل
 ومفهومه الاول انه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشيء الذي غصبه أعنى ماله المتعلق
 بالمغمصوب فهذا هو حكم الواجب في عين المغمصوب تغير أو لم يتغير وأما حكم غلته فاختلف في
 ذلك في المذهب على قولين : أحدهما ان حكم الغلة حكم الشيء المغمصوب ، والثاني ان حكمها
 بخلاف الشيء المغمصوب فن ذهب الى أن حكمها حكم الشيء المغمصوب وبه قال أشبه من

أصحاب مالك يقول إنما يلزمه الغلة يوم قبضها أو أكثر مما استهت اليه قيمتها على قول من يرى ان الغاصب يلزمه ارفع القيم من يوم غصبها لاقية الشيء المغصوب يوم الغصب وأما الذين ذهبوا الى ان حكم الغلة بخلاف حكم الشيء المغصوب فاختلقوا في حكم الاختلاف كثيراً بعد اتفاقهم على أنها إن تلقت ببينة انه لا ضمان على الغاصب وأنه ان ادعى تلفها لم يصدق وان كان مما لا يغاب عليه وتحصيل مذهب هؤلاء في حكم الغلة هو أن الغلل تنقسم الى ثلاثة أقسام . أحدها غلة متولدة عن الشيء المغصوب على نوعه وخلقه وهو الولد وغلة متولدة عن الشيء لا على صورته وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها وغلل غير متولدة بل هي منافع وهي الاكرية والخراجات وما شبه ذلك فأما ما كان على خلقته وصورته فلا خلاف أعلمه ان الغاصب يردده كالولد مع الام المغصوبة وان كان ولدا للغاصب وإنما اختلفوا في ذلك اذا ماتت الام فقال هو خير بين الولد وقيمة الام وقال الشافعي بل يرد الولد وقيمة الام وهو القياس وأما ان كان متولداً على غير خلقه الاصل وصورته فقيمة قولان . أحدهما ان للغاصب ذلك المتولد . والثاني انه يلزمه رده مع الشيء المغصوب ان كان قائماً وقيمتها ان ادعى تلفها ولم يعرف ذلك الا من قوله فان تلف الشيء المغصوب كان مخيراً بين ان يضمه بقيمته ولا شيء له في الغلة وبين أن يأخذها بالغلة ولا شيء له من القيمة . وأما ما كان غير متولد فاختلقوا فيه على خمسة أقوال . أحدها انه لا يلزمه رده جملة من غير تفصيل ، والثاني انه يلزمه رده من غير تفصيل ايضاً والثالث انه يلزمه الردان أكرى ولا يلزمه الردان انتفع او عطل ، والرابع يلزمه ان اكرى او انتفع ولا يلزمه ان عطل ، والخامس الفرق بين الحيوان والاصول اعنى انه يرد قيمة منافع الاصول ولا يرد قيمة منافع الحيوان وهذا كله فيما اغتزل من العين المغصوبة مع عينها وقيامها وأما ما اغتزل منها يتصرفها وتحويل عينها كالدنانير فيعتصمها فيتجر بها فيربح بالغلة له قولاً واحداً في المذهب وقال قوم الربح للمغصوب وهذا ايضاً اذا قصد غصب الاصل . وأما اذا قصد غصب الغلة دون الاصل فهو ضمان للغلة باطلاق ولا خلاف في ذلك سواء عطل أو انتفع او اكرى كان مما يزال به او مما لا يزال به وقال ابو حنيفة انه من تعدى على دابة رجل فركبها او حمل عليها فلا كراء عليه في ركوبه اياها ولا في حملها لانه ضامن لها ان تلقت في تعديده وهذا قوله في كل ما ينقل ويحول فانه لما رأى انه قد ضمه بالتعدى وصار في ذمته جازت له المنفعة كما تقول المالكية فيما تجر به من المال المغصوب وان كان الفرق بينهما أن الذي تجر به تحولت عينه وهذا لم يتحول عينه * وسبب اختلافهم في هل يرد الغاصب الغلة او لا يرددها

اختلافهم في تعميم قوله عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان وقوله عليه الصلاة والسلام
ليس لعرق ظالم حق وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام هذا خرج على سبب وهو في غلام
قيم فيه يعيب فأراد الذي صرف عليه ان يرد المشتري غلته واذا خرج العام على سبب هل
يتصر على سببه أم يحمل على عمومه فيه خلاف بين فقهاء الامصار مشهور فنقصره بهذا
الحكم على سببه قل انما تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار الى الاسان بشبهة مثل ان يشتري
شيئا فيستغله فيستحق منه . وأما ما صار اليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لانه ظالم وليس
لعرق ظالم حق فعمم هذا الحديث في الاصل والغلة اعني عموم هذا الحديث وخصص
الثاني . وأما من عكس الامر فعمم قوله عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان على أكثر
من السبب الذي خرج عليه وخصص قوله عليه الصلاة والسلام : ليس لعرق ظالم حق فان جعل ذلك
في الرقبة دون الغلة قال لا برد الغلة الغاصب وامان المعنى كما تقدم من قولنا فالغيباس أن
تجرى المنافع والاعيان المتولدة تجري واحدا وأن يعتبر التضمنين أولا يعتبر وأما سائر
الاقاويل التي بين هذين فهي استحسان وأجمع العلماء على أن من اغتس نخلا أو ثمر أو بالجملة
نباتا في غير أرضه انه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه
أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أحيأ أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق والعرق
الظالم عندهم هو ما اغتس في أرض الغير وروى أبو داود في هذا الحديث زيادة قال عروة
ولقد حدثني الذي حدثني هذا الحديث ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
غرس أحدهما نخلا في أرض الآخر فقضى لصاحب الأرض بأرضه وأمر صاحب النخل
أن يخرج نخله منها قال فلقد رأيتها واهما تضرب أصولها بالعؤوس وانها لنخل عم حق
أخرجت منها الا ماروى في المشهور عن مالك ان من زرع زرعاً في أرض غيره وفات أو ان
زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يفلح زرعه وكان على الزارع كراء الأرض وقد روى
عنه ما يشبهه قياس قول الجمهور وعلى قوله ان كل ما لا ينتفع الغاصب به اذا قلعه وأزاله انه
للمغصوب يكون الزرع على هذا الزراع وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا الزارع في
أرض غيره له ثقلته وزرعته وهوقول كثير من أهل المدينة وبه قال أبو عبيد وروى
عن رافع بن خديج انه قال عليه الصلاة والسلام : من زرع في أرض قوم بغير اذنهم فلا ثقلته
وليس له من الزرع شيء واختلف العلماء في القضاء فيما أفسدته المواشي والدواب على أربعة
أقوال ، أحدها أن كل دابة مرسله نصاحبها ضامن لما أفسدته ، والثاني أن لا ضمان عليه ،

وانتقلت أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ولا ضمان عليهم فيما أفسدت به بالهار ، والرابع وجوب العمان في غير المنفلات ولا ضمان في المنفلات ومن قال يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعي وبأن لا ضمان عليهم أصلاً قال أبو حنيفة وأصحابه وبالضمان باطلاق قال الليث إلا أن الليث قال لا يضمن أكثر من قيمة الماشية والقول الرابع مروى عن عمر رضي الله عندهما عندهما مالك والشافعي في هذا الباب شيثان ، أحدهما قوله تعالى (وداود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفثت فيه غم القوم) والنفس عند أهل اللغة لا يكون إلا بالليل وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا ، والثاني مرسله عن ابن شهاب أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها وإن ما أفسدته المواشي بالليل ضامن على أهلها أي مضمون وعمدة أبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام : العجماء جرحها جبار وقال الطحاوي وتحقيق مذهب أبي حنيفة أنه لا يضمن إذا أرسلها بحفوفة . فاما إذا لم يرسلها بحفوفة فيضمن والمالكية تقول من شرط قولنا أن تكون الغنم في المسرح . وأما إذا كانت في أرض مزرعة لا مسرح فيها فهم يضمنون ليلاً ونهاراً وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلاً ونهاراً شهادة الأصول له وذلك أنه تعد من المرسل والأصول على أن على المتعدى الضمان ووجهه من فرق بين المنفلة وغير المنفلة بين أن المنفلة لا يملك * فسبب الخلاف في هذا الباب معارضة الأصل للسمع ومعارضة السماع بعبءه لبعض أعني أن الأصل يعارض جرح العجماء جبار ويعارض أيضاً التفرقة التي في حديث البراء وكذلك التفرقة التي في حديث البراء تعارض أيضاً قوله جرح العجماء جبار ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في حكم ما يصاب من أعضاء الحيوان فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى في عين الدابة بربع ثمنها وكتب إلى شريح فأمره بذلك وبه قال الكوفيون وقضى به عمر بن عبد العزيز وقال الشافعي ومالك يلزم فيما أصيب من البهيمة ما تنقص في ثمنها قياساً على التعدى في الأموال والكوفيون اعتمدوا في ذلك على قول عمر رضي الله عنه وقالوا إذا قال الصاحب قولاً ولا مخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لأنه يعلم أنه إنما صار إلى القول به من جهة التوقيف * فسبب الخلاف إذا معارضة القياس لقول الصاحب ومن هذا الباب اختلافهم في الجمل الصو ولوما أشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله هل يجب عليه غرمه أم لا فقال مالك والشافعي لا غرم عليه إذا بان أنه خافه على نفسه وقال أبو حنيفة والثوري

يضمن قيمته على كل حال وعمدة من لم الرضمان القياس على من قصد رجلاً فأراد قتله فدافع المقصود عن نفسه فقتل في المدافعة القاصد المتعمد أنه ليس عليه قود وإذا كان ذلك في النفس كان في المال أحرى لأن النفس أعظم حرمة من المال وقياساً أيضاً على إهدار دم الصيد الحريم إذا صال وبه تمسك حذاق اصحاب الشافعي وعمدة أبي حنيفة أن الأموال تضمن بالضرورة ألبها أصله المضطر إلى طعام الغير ولا حرمة للبعير من جهة ما هو ذو نفس ومن هذا الباب اختلافهم في المسكره على الزناهل على مكرها مع الحد صدق أم لا فقال مالك والشافعي والليث عليه الصداق والحد جميعاً وقال أبو حنيفة والثوري عايله الحد ولا صداق عليه وهو قول ابن شبرمة وعمدة مالك أنه وجب عليه حقان حق لله وحق للآدمي فلم يسقط أحدهما الآخر أصله السرقة التي يجب بها عند غرم المال والتقطع . وأما من لم يوجب الصداق فعلق في ذلك بمعنيين ، أحدهما أنه إذا اجتمع حقان حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق لحق الله وهذا على رأي الكوفيين في أنه لا يجمع على السارق غرم وقطع ، والمعنى الثاني أن الصداق ليس مقابل البضع وإنما هو عبادة إذ كان النكاح شرعياً وإذا كان ذلك كذلك فلا صداق في النكاح الذي على غير الشرع ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب من غصب أسطوانة فبني عليها بناء يساوي قائماً أضعاف قيمة الأسطوانة فقال مالك والشافعي يحكم على الغاصب بالهدم ويأخذ المغصوب منه أسطوانته وقال أبو حنيفة تقوت بالقيمة كقول مالك فمن غير المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة وعند الشافعي لا يقوت المغصوب بشئ من الزيادة وههنا انقضى هذا الكتاب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب الاستحقاق ﴾

وجل النظر في هذا الكتاب هو في أحكام الاستحقاق وتحصيل أصول أحكام هذا الكتاب أن الشئ المستحق من بد انسان بما ثبت به الأشياء في الشرع المستحقها إذا صار إلى ذلك الانسان الذي استحق من يده الشئ المستحق بشرائه لا يخلو من أن يستحق من ذلك الشئ أقله أو كله أو جلّه ثم إذا استحق منه كله أو جلّه فلا يخلو أن يكون قد تغير عند الذي هو بيده بزيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ثم لا يخلو أيضاً أن يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن أو مثنون

فاما ان كان استحق منه أقله فانه انما يرجع عند مالك على الذى اشترا منه بقيمة ما استحق من يده وليس له أن يرجع بالجميع . واما ان استحق كله أو جله فان كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذى اشترا منه بثمن ما اشترا منه ان كان اشترا بثمن وان كان اشترا بالثمن رجح بالثمن بعينه ان كان لم يتغير فان تغير تغير أو يوجب اختلاف قيمته رجح بقيمته يوم الشراء وان كان المال المستحق قد بيع فان للمستحق ان يمضى البيع ويأخذ الثمن أو يأخذ بعينه فهذا حكم المستحق والمستحق من يده ما لم يتغير الشئ المستحق فان تغير الشئ المستحق فلا يخلو ان يتغير زيادة أو نقصان فأما ان كان تغير زيادة فلا يخلو ان يتغير بزيادة من قبل الذى استحق من يده الشئ . أو بزيادة من ذات الشئ فأما الزيادة من ذات الشئ فيأخذها المستحق مثل ان تمن الجارية أو يكر الغلام . وأما الزيادة من قبل المستحق منه فمثل أن يشتري الدار فيبنى فيها فتستحق من يده فانه مخير بين أن يدفع قيمة الزيادة ويأخذها استحقه وبين أن يدع اليه المستحق من يده قيمة ما استحق أو يكونا شريكين هذا بتقدير قيمة ما استحق من يده وهذا بتقدير قيمة ما بنى أو ما غرس وهو قضاء عمر بن الخطاب . واما ان كانت الزيادة ولادة من قبل المستحق منه مثل ان يشتري أمة فيولدها ثم تستحق منه أو يزوجه ا على أنها حرة فتخرج أمة فانهم اتفقوا على أن المستحق ليس له أن يأخذ أعيان الولد واختلوا في أخذ قيمتهم . وأما الام قليل يأخذها بعينها وقليل يأخذ قيمتها . وأما ان كان الولد بنسكاح فاستحقته بعبودية فلا خلاف أن لسيدها أن يأخذها ويرجع الزوج بالصداق على من غره واذا ألزمتها قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره لان الغر ولم يتعلق بالولد . وأما غلة الشئ المستحق فانه اذا كان ضامنا بشبهة ملك فلا خلاف أن الغلة للمستحق منه وأعني بالضمان انها تكون من خسارته اذا هلك عندده . وأما اذا كان غير ضامن مثل ان يكون وارثا فيطرد عليه وارث آخر فيستحق بعض ما فى يده فانه يرد الغلة . وأما ان كان غير ضامن الا انه ادعى في ذلك ثمنًا مثل العبد يستحق بحرية فانه وان هلك عندده يرجع بالثمن فنيه قولان انه لا يضمن اذا لم يجد على من يرجع ويضمن اذا وجد على من يرجع . واما من أى وقت تصح الغلة للمستحق قليل يوم الحكم وقليل من يوم ثبوت الحق وقليل من يوم توقيفه وادقلنا ان الغلة تجب للمستحق في احدى هذه الاوقات الثلاثة فاذا كانت اصولا فيها ثم فأدرك هذا الوقت النحر ولم يتطاف بعده قليل انها للمستحق ما لم يتطاف وقليل ما لم تيسر وقليل ما لم يطب و يرجع عليه بما سقى وعالج المستحق من يديه وهذا

ان كان اشترى الاصول قبل الابار . واما ان كان اشترى اياها بعد الابار فالثمره للمستحق عند ابن القاسم ان جذت ويرجع بالسقي والعلاج وقال اشهب هي للمستحق ما لم تجذ والارض اذا استحققت فالكرء انما هو للمستحق ان وقع الاستحقاق في ايان زر بعة الارض . واما اذا خرج الابان فقد وجب كراء الارض للمستحق منه . واما ان كان تغير بيقصان فن كان من غير سبب المستحق من يديه فلا شيء على المستحق من يديه . واما ان كان اخذله ثمنا مثل ان يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده رجل آخر فانه يرجع عليه بثمن ما باع من النقض قال القاضي ولم أجد في هذا الباب خلافاً يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك والحنابلة وهي أصولهم في هذا الباب ولكن يحى على أصول الغير انه اذا كان المستحق مشتري بعرض وكان العرض قد ذهب ان يرجع المستحق من يده بعرض مثله لا بقيمته وهم الذين يرون في جميع المتلفات المثل وكذلك يحى على أصول الغير ان يرجع على المشتري اذا استحق منه قليل أو كثير لانه لم يدخل على الباقي ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض : كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله .

✽ (بسم الله الرحمن الرحيم) ✽

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

✽ (كتاب الهبات) ✽

والنظر في الهبة في اركانها وفي شروطها وفي انواعها وفي احكامها ونحن فانما نذكر من هذه الاجناس ما فهم من المسائل المشهورة (فتقول) أما الاركان فهي ثلاثة الواهب والموهوب له والهبة . أما الواهب فانهم اتفقوا على انه تجوز هبته اذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك وذلك اذا كان في حال الصحة وحال اطلاق اليد واختل في حال المرض وفي حال السنه والفلس . أما المريض فقال الجمهور انه في ثلثه تشبهاً بالوصية أعني الهبة التامة بشرطها وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر ان هبته تخرج من رأس ماله اذ مات ولا خلاف بينهم أنه اذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين عن النبي عليه الصلاة والسلام : في الذي أعتق ستة أعبد عند موته فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق ثلثهم وارق الباقي وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال أعني حال الاجتماع

وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته في الصحة وجب استصحاب حكم الاجماع في المرض
 الا أن يدل دليل من كتاب أوسنة بينة والحديث عندهم محمول على الوصية والامراض التي
 يمحى فيها عند الجهور هي الامراض المخوفة وكذلك عند مالك الحالات المخوفة مثل الكون
 بين الصنفين وقرب الحامل من الوضع وراكب البحر المرج وفيه اختلاف . وأما الامراض
 المزمنة فليس عندهم فيها تحجير وقد تقدم هذا في كتاب الحجر . وأما السفهاء والمقلسون
 فلا خلاف عندهم يقول بالحجر عليهم ان هبهم غير ماضية . وأما الموهوب فكل شيء صحيح
 ملكه واتفقوا على أن للانسان ان يهب جميع ماله للاجنبي واختلفوا في تفضيل الرجل بعض
 ولده على بعض في الهبة أو في هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض فقال جمهور رفقهاء الامصار
 بكرهية ذلك له ولكن اذا وقع عندهم جاز وقال أهل الظاهر لا يجوز التفضيل فضلاً عن ان
 يهب بعضهم جميع ماله وقال مالك يجوز التفضيل ولا يجوز ان يهب بعضهم جميع المال دون
 بعض ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير وهو حديث متفق على صحته وان كان قد
 اختلف في ألناظه والحديث أنه قال ان أباد بشيراً أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
 فقال اني نخلت ابني هذا غلاماً كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نخلته
 مثل هذا قال لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فارتجعه واتق مالك والبخاري ومسلم على
 هذا اللفظ قالوا لا ترجاع يقتضي بطلان الهبة وفي بعض ألفاظ روايات هذا الحديث أنه
 قال عليه الصلاة والسلام : هذا جور وعمدة الجهور أن الاجماع منعقد على أن للرجل ان
 يهب في صحته جميع ماله للاجنب دون أولاده فاذا كان ذلك للاجنبي فهو لولد أخرى
 واحتجوا بالحديث أني بكر المشهور أنه كان محل عائشة جذاً وعشرين وستاً من مال الغاة فلما
 حضرته الوفاة قال والله يا بنيتي ما من الناس أحد أحب اليّ غني بعدى منك ولا اعز عليّ فقراً
 بعدى منك وانى كنت نخلتك جذاً وعشرين وستاً فلو كنت جذتيه واحترتيه كان لك وانما
 هو اليوم مال وارث قالوا وذلك الحديث المراد به التدب والدليل على ذلك أن في بعض رواياته
 ألفت تريد ان يكون لك في البر واللطف سواء قال نعم قال فاشهد على هذا غيري . واما مالك
 فنه رأى أن النهي عن ان يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو احرى ان يحمل على
 الوجوب فاوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهي عن ان يخص الرجل بعض أولاده بجميع
 ماله فبسبب الخلاف في هذه المسئلة معارضة القياس للفظ النهي الوارد وذلك أن النهي يقتضي
 عند الاكثر بصيغته التحريم كما يقتضي الامر الوجوب فمن ذهب الى الجمع بين السماع والقباس

حمل الحديث على التدب أو خصمه في بعض الصور كما فعل مالك ولا خلاف عند الثقلين
 بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس وكذلك العدول بها عن ظاهرها أعني أن
 يعدل بلفظ النهي عن مفهوم الخطر إلى مفهوم الكراهية . وأما أهل الظاهر فلها المبحر عندهم
 القياس في الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا بتحريم التفضيل في الهبة واختلقوا من هذا
 الباب في جواز هبة المشاع غير المتقسم فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور تصح وقال أبو
 حنيفة لا تصح وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض في البيع وعمدة أبي حنيفة أن
 القبض فيها لا يصح إلا مفردة كالرهن ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم
 المتوقع الوجود وبالجملة كل ما لا يصلح بيعه في الشرع من جهة الغرر وقال الشافعي ما جاز بيعه
 جازت هبته كالدين وما لم يحز بيعه لم تحز هبته وكل ما لا يصح قبضه عند الشافعي لا تصح هبته
 كالدين والرهن . وأما الهبة فلا بد من الإيجاب فيها والقبول عند الجميع ومن شرط
 الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه . وأما الشروط فاشهرها القبض أعني أن العلماء
 ختلقوا هل القبض شرط في صحة العقد أم لا فتفق الثوري والشافعي وأبو حنيفة أن من شرط
 صحة الهبة القبض وأنه إذا لم يقبض لم يلزم الواهب وقال مالك ينعقد بالقول ويجبر على القبض
 كالبيع سواء فإن أتى الموهوب له عن طلب القبض حتى افلس الواهب أو مرض بطلت الهبة
 وله إذا باع تفصيل أن علم فتاوى لم يكن له إلا اثنتان وإن قام في الفور كان له الموهوب فمالك
 القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة وهو عند الشافعي وأبي حنيفة
 من شروط الصحة وقال أحمد وأبو ثور تصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها أصلاً
 لا من شرط تمام ولا من شرط صحة وهو قول أهل الظاهر وقدرى عن أحمد بن حنبل أن
 القبض من شروطها في المكمل والموزون فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تشبيهاً بالبيع وأن
 الأصل في العقود أن لا قبض مشترك في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض وعمدة
 من اشترط القبض أن ذلك مروى عن أبي بكر رضي الله عنه في حديث هبته لعائشة المتقدم
 وهو نص في اشتراط القبض في صحة الهبة وما روى مالك عن عمر أيضاً أنه قال ما بال رجال
 ينحلون أبناءهم غلامهم يسكونها فإن مات ابن أحدهم قال مالي بيدي لم اعطه أحداً وإن مات
 قال هؤلاء بني قد كنت اعطيته إياه فنحن نحمل نحلته فلم يحزها الذي نحلها للمتحول له وابتهاها حتى
 تكون إن مات لورثته فهي باطلة وهو قول على قالوا وهو إجماع من الصحابة لأنه لم ينقل عنهم
 في ذلك خلاف . وأما مالك فاعتمد الأمرين جميعاً أعني القياس وما روى عن الصحابة

وجمع بينهما فن حيث هي عتد من العقود لم يكن عنده شرط من شروط صحتها التبعيض ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض اسد الذريعة التي ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام ومن حق الموهوب له وأنه ان تراخى حتى يقوت القبض بمرض أو أفلاس على الواهب سقط حقه وجهه ورفقهاء الامصار على ان الاب يجوز لابنه الصغير الذي في ولاية نظره وللصغير السفية ما وهبه له كما يجوز لهما ما وهبه غيره لهما وأنه يكفي في الحيازة له اشهاد به بالهبة والا اعلان بذلك وكذا فيما عدا الذهب والفضة وفيما لا يتعين والا صل في ذلك عندهم ما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عطاء قال من نحل ابناً له صغيراً لم يبلغ ان يحوز محله فاعلى ذلك واشهد عليه فهي حيازة وان وليها وقال مالك واصحابه لا بد من الحيازة في المسكون والملبوس فان كانت داراً سكن فيها خرج منها وكذلك الملبوس ان لبسه بطلت الهبة وقالوا في سائر العروض بمثل قول الفقهاء أعنى انه يكفي في ذلك اعلانه وإشهاده . وأما الذهب والورق فاختلعت الرواية فيه عن مالك فروى عنه أنه لا يجوز الا ان يخرج به الاب عن يده الى يد غيره وروى عنه أنه يجوز اذا جعلها في ظرف او ابناء ورخم عليها بانحتم واشهد على ذلك الشهود ولا خلاف بين اصحاب مالك ان الوصى يقوم في ذلك مقام الاب واختلغو في الامم فقال ابن القاسم لا تقوم مقام الاب ورواه عن مالك وقال غيره من اصحابه تقوم وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعي الجدة بمنزلة الاب والحدة عند ابن وهب ام الام تقوم مقام الام والام عنده تقوم مقام الاب .

(٥) القول في أنواع الهبات)

والهبة منها ما هي هبة عين ومنها ما هي هبة منفعة وهبة العين منها ما يتصدق بها الثواب ومنها ما لا يتصدق بها الثواب والتي يتصدق بها الثواب منها ما يتصدق بها وجه الله ومنها ما يتصدق به وجه المخلوق . فاما الهبة لغير الثواب فلا خلاف في جوازها وإنما اختلفوا في احكامها . وأما هبة الثواب فاختلغوا فيها فاجازها مالك وابو حنيفة ومنعها الشافعي وبه قال داود وأبو ثور . وسبب الخلاف هل هي بيع محمول الثمن أو ليس بيعاً محمول الثمن فنراه بيعاً محمول الثمن قال هو من بيع العرف رأت لا تجوز ومن لم ير انها بيع محمول قال يجوز وكان مالك يجعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ولذلك اختلف القول عندهم اذا لم يرض الواهب بالثواب ما الحكم فتقبل تازمه الهبة اذا أعطاه الموهوب القبة وقيل لا تلزمه الا ان يرضيه وهو قول عمر

على منسيأني بعد قاذا اشترط فيه الرضا فليس هناك بيع انعقد والاوّل هو المشهور عن مالك . وأما اذا أزم النتيجة فهناك بيع انعقد وانما يحمل مالك الهبة على الثواب إذا اختلفوا في ذلك وخصوصا إذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل ان يهب الفقير للفقير أو لمن يرى انه انما قصد بذلك الثياب . واما هبات المنافع فمنها ما هي مؤجلة وهذه تسمى عارية ومنحة وما اشبه ذلك ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له وهذه تسمى العمرى مثل ان يهب رجل رجلا سكنى دار حياته وهذه تختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال ، أحدها انها هبة مبنية على أي انها هبة للرقبة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة ، والقول الثاني انه ليس للمعمر فيها الا المنفعة فاذامات عادت الرقبة للمعمر أو إلى ورثته وبه قال مالك وأصحابه وعنده انه ان ذكر العقب عادت اذا انقطع العقب الى المعمر أو إلى ورثته ، والقول الثالث انه اذا قال هي عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ملكا للمعمر فاذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعدموت المعمر للمعمر أو لورثته وبه قال داود وأبو ثور * وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للآثر . اما الاثر ففي ذلك حديثان ، أحدهما متفق على صحته وهو ما رواه مالك عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانما للذي يعطاها لا ترجع الى الذي اعطاها أبداً لانه اعطى عطاء وقعت فيه الموارث ، والحديث الثاني حديث أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا معشر الانصار امسكوا عليكم أموالكم ولا تعمروها فن أعمر شيئاً حيانه فهو له حياته ومماته وقدرى عن جابر بلفظ آخر لا تعمر واو لا ترقبوا فن أعمر شيئاً أو ارقبه فهو لورثته فحديث أبي الزبير عن جابر يخالف لشرط المعمر وحديث مالك عنه يخالف أيضاً لشرط المعمر الا انه يخيل انه أقل في المخالفة وذلك ان ذكر العقب يوم تبتت العطية فن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبي الزبير عن جابر وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك . واما من قال ان العمرى تعود الى المعمر ان لم يذكر العقب ولا تعود ان ذكر فانه اخذ بظاهر الحديث . وأما حديث أبي الزبير عن جابر فختلف فيه أعنى رواية أبي الزبير عن جابر . وأما اذا أتى بلفظ الاسكان فقال أسكنتك هذه الدار حياتك فالجمهور على ان الاسكان عندهم أو الاخدام بخلاف العمرى وان لفظ بالعقب فسوى مالك بين التعمير والاسكان وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير في انها لا تنصرف الى المسكن أبداً على قول الجمهور وفي العمرى والحق ان الاسكان والتعمير المعنى

المفهوم منهما واحد وأنه يجب أن يكون الحكم إذا صرح بالعقب مخالفاً له إذا لم يصرح بذكر العقب على ما ذهب إليه أهل الظاهر .

﴿القول في الأحكام﴾ ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة وهو الرجوع فيها فذهب مالك وجهه ورعلاء المدينة أن اللاب أن يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الابن أو لم يستحدث ديناً أو بالجملة ما لم يترتب عليه حق الغير وأن اللام أيضاً أن تعتصر ما وهبت أن كان اللاب حياً وقدرى عن مالك أنها لا تعتصر وقال أحمد وأهل الظاهر لا يجوز لأحد أن يعتصر ما وهبه وقال أبو حنيفة يجوز لكل أحد أن يعتصر ما وهبه إلا ما وهب لذي رحم محرمة عليه وأجمعوا على أن الهبة التي يراد بها الصدقة أي وجه الله أنه لا يجوز لأحد الرجوع فيها * وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض الآثار فمن لم ير الاعتصار أصلاً احتج بعموم الحديث الثالث وهو قوله عليه الصلاة والسلام: العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه ومن استثنى الأبوين احتج بحديث طاووس أنه قال عليه الصلاة والسلام: لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا والدوقاس الأم على والدوقاس الشافعي لو اتصل حديث طاووس لقلت به وقال غيره قد اتصل من طريق حسين المعلم وهو ثقة . وأما من أجاز الاعتصار إلا ذوى الرحم المحرمة فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها قالوا وأيضاً فإن الأصل أن من وهب شيئاً عن غير عوض أنه لا يقضى عليه به كماله وعدالته ما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة وجهه ورعلاء المدينة على أن من تصدق على ابنه فمات الابن بعد أن حازها فإنه يرثها وفي مراسلات مالك أن رجلاً ابصاراً من الخزرج تصدق على أبيه بصدقة فهل كافورث ابنهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك النبي عليه الصلاة والسلام: فقال قد أجرت في صدقتك وخبذها بعمرائك وخرج أبو داود عن عبد الله بن بريدة عن أمية عن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت كنت قد تصدقت على أمي بوليدة وإنها ماتت وتركك تلك الوليدة فقال صلى الله عليه وسلم: وجب أجر كور جمعت إليك بالميراث وقال أهل الظاهر لا يجوز الاعتصار لأحد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: لعمري لا تشتره في الفرس الذي تصدق به فإن العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه والحديث متفق على صحته * قال القاضى والرجوع في الهبة ليس من محاسن الأخلاق والشارع عليه الصلاة والسلام إنما بعث ليقيم محاسن الأخلاق وهذا القدر كاف في هذا الباب

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسلياً)

﴿ كتاب الوصايا ﴾

والنظر فيها ينقسم أولاً قسمين ، القسم الاول النظر في الاركان ، والثانى فى الاحكام ونحن قائما نتكلم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة .

﴿ القول فى الاركان ﴾ والاركان أربعة الموصى والموصى له والموصى به والوصية . أما الموصى فاتفقوا على انه كل مالك صحيح الملك ويصح عنده مال وصية السفیه والصبي الذى يعقل القرب وقال ابو حنيفة لا تجوز وصية الصبي الذى لم يبلغ وعن الشافعى القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم اذا لم يوص بمحرم . واما الموصى له فاتفقوا على ان الوصية لا تجوز لو ارث اقوله عليه الصلاة والسلام : لا وصية لوارث واختلفوا هل تجوز لغير القرابة فقال جمهور العلماء انها تجوز لغير الاقربى مع الكراهية وقال الحسن وطاوس رد الوصية على القرابة وبه قال اسحق وجماعة هؤلاء اظاهر قوله تعالى « الوصية للوالدين والاقربى » والالف واللام تقتضى الحصر واحتج الجمهور بحديث عمران بن الحصين المشهور وهو ان رجلاً أعتق ستة أعبد له فى مرضه عند موته لا مال له غيرهم فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق اثنين وارق أربعة والعبيد غير القرابة واجمعوا كما قلنا انها لا تجوز لو ارث اذا لم يحجزها الورثة واختلفوا كما قلنا اذا اجازتها الورثة فقال الجمهور تجوز وقال اهل الظاهر والمزنى لا تجوز وسبب الخلاف هل المنع لعل الورثة أو عبادة فمن قال عبادة قال لا تجوز وان اجازها الورثة ومن قال بالمنع لحق الورثة اجازها اذا اجازها الورثة وتردد هذا الخلاف راجع الى تردد المفهوم من قوله عليه الصلاة والسلام : لا وصية لوارث هل هو معتول المعنى ام ليس بمعتول واختلفوا فى الوصية للميت فقال قوم تبطل بموت الموصى له وهم الجمهور وقال قوم لا تبطل وفى الوصية للقاتل خطأ وعمداً وفى هذا الباب فرع مشهور وهو اذا اذن الورثة للميت هل لهم ان يرجعوا فى ذلك بعد موته فتبطل لهم وقيل ليس لهم وقيل بالفرق بين ان يكون الورثة فى عيال الميت أولا يكونوا اعنى انهم ان كانوا فى عياله كان لهم الرجوع والثلاثة الاقوال فى المذهب . ﴿ القول فى الموصى به ﴾ والنظر فى جنسه وقدره . أما جنسه فاتفقوا على جواز الوصية

في الرقاب واختلفوا في المنافع فقال جمهور فقهاء الامصار ذلك جائز وقال ابن ابي ليلى وابن شبرمة واهل الظاهر الوصية بالمنافع باطلة وعمدة الجمهور ان المنافع في معنى الاموال وعمدة الطائفة الثانية ان المنافع منتقلة الى ملك الوارث لان الميت لا ملك له فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره والى هذا القول ذهب ابو عمر بن عبد البر . واما القدر فان العلماء انفقوا على انه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة واختلفوا فيمن لم يترك ورثة وفي القدر المستحب منها هل هو الثلث أو دونه وانما صار الجميع الى ان الوصية لا تجوز في أكثر من الثلث لمن له وارث بما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم انه عاهد سعد بن أبي وقاص فقال له يا رسول الله قد بلغ مني الوجع ماترى وأنا ذومال ولا يرثني الا ابنة لى أفأتصدق بثلثي مالي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقال له سعد فاشطر قال لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس فصار الناس لمكان هذا الحديث الى ان الوصية لا تجوز ما أكثر من الثلث واختلفوا في المستحب من ذلك فذهب قوم الى انه ما دون الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام : في هذا الحديث والثلث كثير وقال بهذا كثير من السلف قال قتادة أوصى أبو بكر بالحس وأوصى عمر بالربع والخمس أحب الى . وأما من ذهب الى ان المستحب هو الثلث فانهم اعتمدوا على ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله جعل لكم في الوصية ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم وهذا الحديث ضعيف عند أهل الحديث وثبت عن ابن عباس انه قال لو عصى الناس في الوصية من الثلث الى الربع لكان أحب الى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الثلث والثلث كثير . وأما اختلافهم في جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له فان مالاً كالأبجد ذلك والاوزاعى واختلف فيه قول أحمد وأجاز ذلك ابو حنيفة واسحق وهو قول ابن مسعود * وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعدة التي علقها الشارع ام ليس بخاص وهو أن لا يترك ورثته عالة يتكففون الناس كما قال عليه الصلاة والسلام : انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس فمن جعل هذا السبب خاصاً وجب ان يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ومن جعل الحكم عبادة وان كان قد علل بعلة أوجب جعل جميع المسلمين في هذا المعنى بمنزلة الورثة قال لا تجوز الوصية باطلاق بأكثر من الثلث .

القول في المعنى الذي يدل عليه لفظ الوصية * والوصية بالجملة هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به وهذا

العمد عندهم ومن العمود الجائزة باتفاق أعني ان للموصي ان يرجع فيما أوصى به إلا المدبر فمنهم
اختلفوا فيد على ماسيأتي في كتاب التدبير وأجمعوا على أنه لا يجب للموصي له إلا بعد موت
الموصي واختلفوا في قبول الموصي له هل هو شرط في تحتها أم لا فقال مالك قبول الموصي له إذا
شرط في تحته الوصية وروى عن الشافعي انه ليس القبول شرطاً في تحتها ومالك شبهها
بالهبة .

في القول في الاحكام : وهذه الاحكام منها الغلظة ومنها حساسية ومنها حكمية فمن مسائلهم
المشهوره الحكمية اختلافهم في حكم من أوصى بثلث ماله للرجل وعين ما أوصى له به في ماله مما
هو الثلث فقال الورثة ذلك الذي عين أكثر من الثلث فقال مالك الورثة مخيرون بين ان
يعطوه ذلك الذي عينه الموصي أو يعطوه الثلث من جميع مال الميت وخالفه في ذلك أبو حنيفة
والشافعي وأبو ثور وأحمد وداود وعندهم أن الوصية قد وجبت للموصي له بموت الموصي
وقبوله إياها باتفاق فكيف ينقل عن ملكه ما وجب له بغير طيب نفس منه وتغير الوصية وعمدة
مالك امكان صدق الورثة فيما ادعوه وما أحسن ما رأي أبو عمر بن عبد الله في هذه المسئلة
وذلك أنه قال اذا ادعى الورثة ذلك كلوا ببيان ما ادعوا فان ثبت ذلك أخذ منه الموصي له قدر
الثالث من ذلك الشيء الموصى به وكان شر يكال للورثة وان كان الثلث فأقل جبر واعلى اخراجه
واذا اختلفوا في أن ذلك الشيء الموصى به هو فوق الثلث فعند مالك ان الورثة مخيرون بين ان
يدفعوا اليه ما وصى له به أو يفرجوا له عن جميع ثلث مال الميت إما في ذلك الشيء بعينه وإما
في جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك في ذلك وقال أبو حنيفة والشافعي له ثلث تلك
العين ويكون بباقيه شر يكال للورثة في جميع ما ترك الميت حتى يستوفي تمام الثلث ، وسبب
الخلافا أن الميت لما تعدى في ان جعل وصيته في شيء بعينه فهل الاعدل في حق الورثة ان
يخيروا بين امضاء الوصية أو يفرجوا له الى غاية ما يجوز للميت ان يخرج عنهم من ماله أو يبطل
التعدى ويعود ذلك الحق مشتركاً وهذا هو الاولى اذا قلنا ان التعدى هو في التعيين لكونه
أكثر من الثلث أعني ان الواجب ان يستقط التعيين وأما ان يكف الورثة أن يمتصوا التعيين
أو يتحلوا عن جميع الثلث فهو محل عليهم . ومن هذا الباب اختلافهم فيمن وجبت عليه زكاة
مات ولم يوص بها واذا وصى بها فهل هي من الثلث أو من رأس المال فقال مالك اذا لم يوص بها
لم يلزم الورثة اخراجها وقال الشافعي يلزم الورثة اخراجها من رأس المال واذا وصى بها فعند
مالك يلزم الورثة اخراجها وهي عندهم من الثلث وهي عند الشافعي في الوجهين من رأس المال

شبهها بالدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: فدين الله أحق أن يقضى وكذلك الكفارات
المواجبة والحج الواجب عنده ومالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية بأخراجها بعد الموت
ولا خلاف أنه لو أخرجها في الحياة أنها من رأس المال ولو كان في السياق وكأن مالكا أنهم
هنا على الورثة أعنى في توصيته بأخراجها قال ولو أجز هذا لجازل لسان أن يؤخر جميع زكاته
طول عمره حتى إذا دنا من الموت وصى بها فإذا زاحمت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على
ما هو أضعف منها وقال أبو حنيفة هي وسائر الوصايا سواء يرث في الخاصة وانفق مالك وجميع
أصحابه على أن الوصايا التي يضيق عنها الثلث إذا كانت مستوية أنها تتحاص في الثلث وإذا
كان بعضها أعم من بعض قدم الأعم واختلفوا في الترتيب على ما هو مسطور في كتبهم. ومن
مسائلهم الحسابية المشهورة في هذا الباب إذا وصى لرجل بنصف ماله ولا آخر بثلثه وورد الورثة
الزائد فعند مالك والشافعي انهما يقتسمان الثلث بينهما أخماساً وقال أبو حنيفة بل يقتسمان الثلث
بالسوية * وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في القسمة كما
يسقط في نفسه باسقاط الورثة فمن قال يبطل في نفسه ولا يبطل الاعتبار به في القسمة إذا كان
مشاعاً قال يقتسمون المال أخماساً ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معيناً قال يقتسمون
الباقى على السواء ومن مسائلهم اللفظية في هذا الباب إذا وصى بحجز من ماله وله مال يعلم به
ومال لا يعلم به فعند مالك أن الوصية تكون فيما علم به دون ما لم يعلم وعند الشافعي تكون في
المالين * وسبب الخلاف هل اسم المال الذي نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم أو ما علم فقط
والمشهور عن مالك أن المدبر يكون في المالين إذا لم يخرج من المال الذي يعلم وفي هذا الباب
فروع كثيرة وكما باراجعة إلى هذه الثلاثة الأجناس ولا خلاف بينهم أن الرجل أن يوصى
بعد موته بأولاده وأن هذه خلافة جزئية كالخلافة العظمى الكمية التي للإمام أن يوصى بها.

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿ كتاب الفرائض ﴾

والنظر في هذا الكتاب فبين يرث وفيمن لا يرث ومن يرث هل يرث دائماً أو مع وارث
دون وارث وإذا ورث مع غيره فكيف يرث وكذلك إذا ورث وحده كم يرث وإذا ورث مع
وارث فهل يختلف ذلك بحسب وارث وارث أو لا يختلف والتعليم في هذا يمكن على وجوه

كثيرة قد سلك أكثرها أهل الفرائض والسبيل الحاضرة في ذلك بان يذكروا حكم جنس
جنس من أجناس الورثة إذا انفرد ذلك الجنس وحكمه مع سائر الأجناس الباقية مثال ذلك
ان ينظر الى الولد اذا انفردكم ميراثه ثم ينظر حاله مع سائر الأجناس الباقية من الوارثين . فاما
الأجناس الوارثة فهي ثلاثة و نسب وأصهار وموالى . فاما دوو والنسب فهم المتفق عليها
ومنهم مختلف فيها . فاما المتفق عليها فهي الفروع أعني الأولاد والأصول أعني الآباء
والأجداد كوراً كانوا أو أنانا وكذلك الفروع المشاركة للميت في الأصل الأدنى أعني
الأخوة كوراً أو أنانا أو المشاركة الأدنى أو الأبعد في أصل وأخوهم الأعمام وبنو الأعمام
وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط وهؤلاء اذا فصلوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء
سبعة . أما الرجال فالابن وابن الابن وان سفل والاب والجدة أبوالاب وان علا والأخ من
أى جهة كان أعني للام والاب أو لأحد هما وابن الأخ وان سفل والعم وابن العم وان سفل
والزوج ومولى النعمة . وأما النساء فالابنة وابنة الابن وان سفلت والام والجدة وان علت
والأخت والزوجة والمولاة . وأما المختلف فيهم فهم ذوالارحام وهم من لا فرض لهم في
كتاب الله ولا هم عصبية وهم بالحسنة بنو البنات وبنات الأخوة وبنو الأخوات وبنات
الأعمام والعم أخوالاب للام فقط وبنو الأخوة للام والأعمام والحالات والأخوال
فذهب مالك والشافعي وأكثروا فقهاء الأمصار وزيد بن ثابت من الصحابة الى أنه لا ميراث
لهم وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة من العلماء من سائر
الأقاليم الى توريتهم والذين قالوا بتوريتهم اختلفوا في صفة توريتهم فذهب ابو حنيفة
وأصحابه الى توريتهم على ترتيب العصباء وذهب سائر من ورثهم الى التزويل وهو ان ينزل
كل من أدلى منهم بذى سهم أو عصبية بمنزلة السبب الذى أدلى به وعمدة مالك ومن قال بقوله
ان الفرائض لما كانت لا مجال للقياس فيها كان الأصل أن لا يثبت فيها شئ الا بكتاب أو سنة
ثابتة أو إجماع وجميع ذلك معدوم في هذه المسئلة . وأما الفرقة الثانية فزعموا أن دليلهم على
ذلك من الكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى « وأولوا الأرحام بعضهم
أولى ببعض » وقوله تعالى « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون » واسم القرابة ينطاق
على ذوى الأرحام ويرى المخالف أن هذه مخصوصة بآيات الموارد . وأما السنة فاحتجوا
بما أخرجه الترمذي عن عمر بن الخطاب أنه كتب الى أبي عبيدة أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال : الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له . وأما من طريق

المعنى فإن التقدم من أصحاب أبي حنيفة قالوا ان ذوى الارحام اولى من المسلمين لانهم قد اجتمع لهم سببان القرابة والاسلام فاشبهوا بتقديم الاخ الشقيق على الاخ للاب اعنى أن من اجتمع له سببان اولى بمن له سبب واحد . واما أبو زيد ومأخر واصحابه فشبّهوا الارث بالولاية وقالوا لما كانت ولاية النجيز والصلاة والدفن للميت عند فقد اصحاب الهر وض والعصبات لذوى الارحام وجب ان يكون لهم ولاية الارث وللقرى الاول اعترافات في هذه المقاييس فيها ضعف واذا قد تقرر هذا فلنشرع في ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين ونذكر من ذلك ما يجري مجرى الاصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها .

﴿ ميراث الصلب ﴾

وأجمع المسلمون على أن ميراث الولد من والدهم ووالدتهم ان كانوا ذكوراً واناثاً معاً هو أن للذكر منهم مثل حظ الانثيين وأن الابن الواحد اذا انفرد فله جميع المال وأن البنات اذا انفردن فكانت واحدة ان لها النصف وان كن ثلثاً ففوق ذلك فلهن الثلثان واختلفوا في الانثيين فذهب الجمهور الى أن لهما الثلثين وروى عن ابن عباس انه قال للبنتين النصف والسبب في اختلافهم تردد المفهوم في قوله تعالى « فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلث ما ترك » هل حكم الانثيين المسكوت عنه يلحق بحكم اثلاثه أو بحكم الواحدة والاظهر من باب دليل الخطاب انهما الاحقان بحكم الواحدة وقديلاً ان المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقد روى عن ابن عبد الله بن محمد بن عتيق عن حاتم بن عبد الله وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى البنين الثلثين قال فيما أحسب أبو عمر بن عبد البر وعبد الله بن عتيق قد قبل جماعة من أهل العلم حديثه وخالفهم آخرون وسبب الاتفاق في هذه الجملة قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » الى قوله « وإن كانت واحدة فلها النصف » وأجمعوا من هذا الباب على أن بنى البنين يقومون مقام البنين عند فقد البنين يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون الاشياء روى عن مجاهد انه قال ولد الابن لا يحجبون الزوج من النصف الى الربع كما يحجب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع الى الثمن ولا الام من الثلث الى السدس وأجمعوا على انه ليس لبنات الابن ميراث مع بنات الصلب اذا استكمل بنات المتوفى الثلثين واختلفوا اذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن في مرتبتهم أو أبعد منهم فقال جمهور فقهاء الامصار انه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال على رضى الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة وذهب

ابو ثور وداودانه اذا استكمل البنات الثلاثين ان الباقي لابن الابن دون بنات الابن كن
 في مرتبة واحدة مع الذكروا فوقه أو دونه وكان ابن مسعود يقول في هذه لئلا كرمثل
 حظ الاثنين الا ان يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس فلا يعطى الا السدس وعمدة
 الجمهور وعموم قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكور مثل حظ الإناث » وأن ولد
 الولد ولد من طريق المعنى أيضاً لما كان الابن يعصب من في درجته في جملة المال فواجب
 ان يعصب في الفاضل من المال وعمدة داود وابن ثور حديث ابن عباس عن النبي صلى الله
 عليه وسلم انه قال : اقسمو المال بين اهل القرائض على كتاب الله عز وجل فبأبقت
 القرائض فلا ولي رجل ذكرو ومن طريق المعنى أيضاً ان بنت الابن لما ترمث مفردة من
 الفاضل عن الثلثين كان احرى أن لا ترمث مع غيرها وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر
 في الترجيح . وأما قول ابن مسعود فبنى على اصله في أن بنات الابن لما كن لا يرثن مع عدم
 الابن أكثر من السدس لم يجب لهن مع الغير أكثر مما يجب لهن مع الافراد وهي حجة قريبة
 من حجة داود والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصبن كان في درجتهن أو اطراف منهن وشذ
 بعض المتأخرين فقال لا يعصبن الا اذا كان في مرتبتهم وجمهور العلماء على انه اذا ترك
 المتوفى بنتاً لصلب و بنت ابن أو بنات ابن ليس معهن ذكر ان لبنات الابن السدس تسكلمة
 الثلثين وحملت الشيعة في ذلك فتاات لا ترمث بنت الابن مع البنت شيئاً كالحال في ابن الابن
 مع الابن فلا اختلاف في بنات الابن في موضعين مع بنى الابن ومع البنات فيما دون الثلثين
 وفوق النصف فالمتحصل فيهن اذا كن مع بنى الابن انه قيل يرثن وقيل لا يرثن واذا قيل يرثن
 فقيل يرثن تعصياً مطلقاً وقيل يرثن تعصياً الا ان يكون أكثر من السدس واذا قيل يرثن فقيل
 أيضاً اذا كان ابن الابن في درجتهن وقيل كيف ما كان والمتحصل في وراثتهن مع عدم ابن
 الابن فيما فضل عن النصف الى تسكلمة الثلثين قيل يرثن وقيل لا يرثن .

(ميراث الزوجات)

وأجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته اذا لم تترك ولداً أولاً ولداً بن النصف ذكرراً كان
 الولد أو اتى الاما ذكرنا عن مجاهد وانها ان تركت ولداً أقله الربع وأن ميراث المرأة من زوجها
 اذا لم تترك الزوج ولداً أولاً ولداً بن الربع فان ترك ولداً أو ولداً بن الثلثين وانها ليس يجزيهن
 أحد عن الميراث ولا ينتصهن الا الولد وهذا لو روي النص في قوله تعالى (واستم نصف ما ترك
 أزواجكم إن لم يكن لهن ولد) الآية .

* ميراث الاب والام *

وأجمع العلماء على أن الاب اذا انفرد كان له جميع المال وانه اذا انفرد الابوان كان للام الثلث وللأب الباقي لقوله تعالى (وورثه ابواه فلامه الثلث): وأجمعوا على ان فرض الابوين من ميراث ابنهما اذا كان للابن ولد أو ولد ابن السدس ان أعنى ان لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى (ولا يورثه كل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) والجمهور على أن الولد هو المذكور دون الاثنين وخالفهم في ذلك من شذ • وأجمعوا على أن الاب لا ينقص مع ذوى القرائن من السدس وله ما زاد • وأجمعوا من هذا الباب على أن الام يحجبها الاخوة من الثلث الى السدس لقوله تعالى (فان كان له اخوة فلامه السدس) • واختلفوا في أقل ما يحجب الام من الثلث الى السدس من الاخوة فذهب على رضى الله عنه وابن مسعود الى أن الاخوة الحاجبين هما اثنان فصاعدا وبه قال مالك وذهب ابن عباس الى أنهم ثلاثة فصاعدا وأن الاثنين لا يحجبان الام من الثلث الى السدس والخلاف آيل الى أقل ما ينطلق عليه اسم الجميع فن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجميع ثلاثة قال الاخوة الحاجبون ثلاثة فافوق ومن قال أقل ما ينطلق عليه اسم الجميع اثنان قال الاخوة الحاجبون هما اثنان أعنى في قوله تعالى (فان كان له اخوة) ولا خلاف أن المذكور الاثنين يدخلان تحت اسم الاخوة في الآية وذلك عند الجمهور وقال بعض المتأخرين لا تقل الام من الثلث الى السدس بالاخوات المنفردات لانه زعم انه ليس ينطلق عليهن اسم الاخوة الا أن يكون معهن أخ لموضع تغليب المذكور على المؤنث إذ اسم الاخوة هو جمع أخ والاخ مذكر واختلفوا من هذا الباب فيمن يرث السدس الذى تحجب عنه الام بالاخوة وذلك اذا ترك المتوفى أبوين واخوة فقال الجمهور ذلك السدس للاب مع الاربعة الاسداس وروى عن ابن عباس أن ذلك السدس للاخوة الذين حجوا وللأب الثلثان لانه ليس فى الأصول من يحجب ولا يأخذ ما يحجب الا الاخوة مع الآباء وضعف قوم الاستناد بذلك عن ابن عباس وقول ابن عباس هو القياس واختلفوا من هذا الباب فى التى تعرف بالغراوين وهى فيمن ترك زوجة وابوين أو زوجا وأبوين فقال الجمهور فى الاولى للزوجة الربع وللأم ثلث ما بقى وهو الربع من رأس المال والأب ما بقى وهو النصف وقالوا فى الثانية للزوج النصف وللأم ثلث ما بقى وهو السدس من رأس المال وللأب ما بقى وهو السدسان وهو قول زيد والمشهور من قول على رضى الله عنه وقال ابن عباس فى الاولى للزوجة الربع من رأس المال وللأم الثلث منه أيضاً لانه اذا فرض

واللاب مابقي لانه عصب وقيل أيضاً في الثانية تزوج التعصف وللام الثلث لانها ذات فرض مسمى وللاب مابقي وبه قول شريح القاضي وداود وابن سيرين وجماعة وعنده الجمهور ان الاب والام لما كانا اذا انفردا بالثمن كن للام الثلث ولللاب الباقي ويجب أن يكون الحال كذلك في باقي من المال وكنهم رأوا أن يكون ميراث الام أكثر من ميراث الاب خروجاً عن الأصول وعنده القريبي إلا سخر أن الام ذات فرض مسمى واللاب عصب والعصب ليس له فرض محدود مع ذى القربى بل يقبل ويكثر وما عيه الجمهور من طريق التعليل اظهر وما عيه القريبي الثاني مع عدم التعليل اظهر وأعتى بالتعليل هنا أن يكون أحق سببي الانسان أولى بالباقي راعى الاب من الام.

(ميراث الاخوة للام)

وأجمع العلماء على أن الاخوة للام اذا انفردوا واحد منهم ان له السدس ذكر أو أنثى وانهم ان كانوا أكثر من واحد فهم شركاء في الثلث على السوية لئلا يكره منهم مثل حظ الأنثى سواء وأجمعوا على أنهم لا يرثون مع أربعة وهم الاب والجدة ابوالاب وان علا وابنونه ذكر وانهم وانماهم وبنو البنين وان سفلوا ذكر انهم وانماهم وهذا كقوله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت) الآية وذلك الاجماع انعقد على أن التصود بهذه الآية هم الاخوة للام فقط وقد قرئ وله أخ أو أخت من امه. وكذلك أجمعوا في أحسابهن على أن الكلالة هي فتد الاصفى الاربعه التي ذكره من النسب أعني الآباء والأجداد والبنين وبنو البنين .

(ميراث الاخوة للاب والام أوللاب)

وأجمع العلماء على أن الاخوة للاب والام أوللاب فقط يرثون في الكلالة أيضاً أما الأخت اذا انفردت فإن لها النصف وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان كحال في البنات وانهم ان كانوا ذكر أو امرأة فلهذا كمثل حظ الأنثيين كحال البنين مع البنات وهذا قوله تعالى (يستثنونك قل الله يفتيك في الكلالة) الا أنهم اختلفوا في معنى الكلالة فهاهنا في أشياء واختلفوا فيها في أشياء يأتي ذكرها ان شاء الله تعالى فمن ذلك أنهم أجمعوا من هذا الباب على أن الاخوة للاب والام ذكر أو امرأة انماهم لا يرثون مع الولد لئلا يكره ولد الولد ولا مع ولد الولد ولا مع الاب شياً واختلفوا في أسوى ذلك فمنها أنهم اختلفوا في ميراث الاخوة للاب والام مع البنت

أو البنات فذهب الجمهور إلى أنهن عصبة يعطون ما فضل عن البنات وذهب داود بن علي الظاهري وطائفة إلى أن الاخت لا ترث مع البنت شيئاً وعمدة الجمهور في هذا حديث ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في ابنة وابنة ابن واخت أن للبنت النصف ولا ابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقي فللاخت وأيضاً من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الاخوة مع البنات فكذلك الاخوات وعمدة القريبي الآخر ظاهر قوله تعالى (إن امرؤ هالك ليس له ولد وله اخت) فلم يجعل للاخت شيئاً الا مع عدم الولد والجمهور حملوا اسم الولد هاتنا على الذكور دون الاناث وأجمع العلماء من هذا الباب على أن الاخوة للاب والام يحجبون الاخوة للاب عن الميراث قياساً على بنى الابناء مع بنى الصلب قال أبو عمر وقد روى ذلك في حديث حسن من رواية الآحاد العدول عن علي رضي الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن اعيان بنى الام يتوارثون دون بنى العلات وأجمع العلماء على أن الاخوات للاب والام إذا استكملن الثلثين فإنه ليس للاخوات للاب معهن شيء كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب وأنه ان كانت الاخت للاب والام واحدة فلاخوات للاب ما كن قيمة الثلثين وهو السدس واختلفوا إذا كان مع الاخوات للاب ذكر فقال الجمهور بعصبنه ويتسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين كالحال في بنات الابن مع بنات الصلب واشترط مالك أن يكون في درجتهم وقال ابن مسعود إذا استكمل الاخوات الشقائق الثلثين فالباقى للذكر من الاخوة للاب دون الاناث وبه قال أبو ثور وخالفه داود في هذه المسئلة مع موافقته له في مسئلة بنات الصلب وبنى البنين فإن لم يستكملن الثلثين فللذكر عنده من بنى الاب مثل حظ الانثيين الا أن يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس كالحال في بنت الصلب مع بنى الابن وأدلة القريبيين في هذه المسئلة هي تلك الأدلة باعيانها وأجمعوا على أن الاخوة للاب يقومون مقام الاخوة للاب والام عند قدم كالحال في بنى البنين مع البنين وأنه إذا كان معهن ذكر عصبنه بان يسدأ عن له فرض مسمى ثم يرثون الباقي للذكر مثل حظ الانثيين كالحال في البنين الا في موضع واحد وهي القرية التي تعرف بالمشاركة فإن العلماء اختلفوا فيها وهي امرأة توفيت وترك زوجها وامها واخوتها لامها واخوتها لابيها وامها فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصف وللأم السدس وللأخوة للام الثلث فيستغرقون المال فيبقى الاخوة للاب والام بلا شيء فكانوا يشركون الاخوة للاب والام في الثلث مع الاخوة للام يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وبالتشريك قال

من فقهاء الامصار مالك والشافعي والثوري وكان على رضى الله عنه وابى بن كعب وأبو موسى الاشعري لا يشركون اخوة الاب والام في الثالث مع اخوة الام في هذه القرية ولا يوجبون لهم شيئاً فيها وقال به من فقهاء الامصار أبو حنيفة وابن أبي ليلى واحمد وأبو ثور ودادود وجماعة وحجة الفريق الاول ان الاخوة للاب والام يشاركون الاخوة للام في السبب الذي به يستوجبون الارث وهي الام فوجب أن لا ينفردوا به دونهم لانه اذا اشتركوا في السبب الذي به يرثون وجب ان يشتركوا في الميراث وحجة الفريق الثاني ان الاخوة الشقائق عصبة فلا شيء لهم اذا احاطت فرائض ذوى السهام بالميراث وعمدتهم اتفاق الجميع على ان من تركز وجاواً واحداً واحداً لأم واخوة شقائق عشرة أو أكثر ان الاخ للام يستحق هاهنا السدس كاملاً والسدس الباقي بين الباقيين مع انهم مشاركون له في الام * فبسبب الاختلاف في أكثر مسائل الفرائض هو تعارض القاييس واشتراك الالفاظ فيما فيه نص

(ميراث الجد)

وأجمع العلماء على ان الاب يحجب الجد وأنه يقوم مقام الاب عند عدم الاب مع البنين وأنه عاصب مع ذوى الفرائض واختلفوا هل يقوم مقام الاب في حجب الاخوة الشقائق أو يحجب الاخوة للاب فذهب ابن عباس وأبو بكر رضى الله عنهما وجماعة الى أنه يحجبهم وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور والمزني وابن شريح من أصحاب الشافعي ودادود وجماعة واتفق على بن أبي طالب رضى الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على ثوريث الاخوة مع الجد الا أنهم اختلفوا في كيفية ذلك على ما أقوله بعد وعمدة من جعل الجد بمنزلة الاب اتفقا في المعنى أعنى من قبل ان كليهما أب للميت ومن اتفقا في كثير من الاحكام التي أجمعوا على اتفاقها فيها حتى انه قدر وى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال أما يتقى الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل أب الاب أباً وقد أجمعوا على انه مثله في أحكام أخرى سوى الفروض منها ان شهادته لحفيده كشهادة الاب وان الجد يعتق على حفيده كما يعتق الاب على الابن وأنه لا يقتص له من جد كما لا يقتص له من أب وعمدة من ورث الاخ مع الجد ان الاخ أقرب الى الميت من الجد لان الجد أبواى الميت والاخ ابن أبى الميت والابن أقرب من الاب وأيضاً فما أجمعوا عليه من ان ابن الاخ يقدم على العم وهو يدلى بالاب والعم يدلى بالجد * فبسبب الخلاف تعارض القياس في هذا الباب فان قيل فاقى القياسين أرجح بحسب النظر الشرعى قلنا قياس من ساوى بين الاب والجد فان الجد أب في المرتبة الثانية أو الثالثة كما ان ابن الابن ابن في

المرتبة الثانية أو الثالثة وإذا لم يحجب الابن الجد وهو يحجب الاخوة فالجد يحجب ان يحجب
من يحجب الابن والاخ ليس باصل للميت ولا فرع وانما هو مشارك له في الاصل والاصل
أحق بالشئ من المشارك له في الاصل والجد ليس هو أصلاً للميت من قبل الاب بل هو أصل
أصله والاخ يرث من قبل انه فرع لاصل الميت فالذى هو اصل لاصله اولى من الذى هو
فرع لاصله ولذلك لا معنى لقول من قال ان الاخ يدلى بالبنوة والجد يدلى بالابوة فان الاخ
ليس ابناً للميت وانما هو ابن ابيه والجد ابوالميت والبنوة انما هي اقوى في الميراث
من الابوة في الشخص الواحد بعينه اعني الموروث واما البنوة التي تكون لاب
الموروث فليس يلزم أن تكون في حق الموروث أقوى من الابوة التي تكون لاب
الموروث لان الابوة التي لاب الموروث هي ابوة مالموروث اعني بعيدة وليس البنوة
التي لاب الموروث بنوة مالموروث لا قريبة ولا بعيدة فمن قال الاخ احق من الجد لان
الاخ يدلى بالشئ الذي من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الاب والجد يدلى بالابوة هو
قول غلط مخيل لان الحد أب ما وليس الاخ ابنا ما وبالجملة الاخ لاحق من لو أحق الميت
وكانه أمر عارض والجد سبب من أسبابه والنسب أملك للشئ من لاحقه واختلاف
الذين ورثوا الجد مع الاخوة في كيفية ذلك فتحصيل مذهب ريد في ذلك انه
لا يخلو ان يكون معه سوى الاخوة ذو فرض مسمى أو لا يكون فان لم يكن معه ذو فرض
مسمى اعطى الفضل له من اثنين اماثل المال واما ان يكون كواحد من الاخوة الذكور
وسواء كان الاخوة ذكرا أو اناثا أو الامرين جميعاً فهو مع الاخ الواحد يقاسمه المال
وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والاربعة يأخذ الثلث وهو مع الاخت الواحدة الى الرابع
يقاسمهم للذكر مثل حظ الانثيين ومع الخمس أخوات له الثلث لانه أفضل له من المقاسمة
فهذه هي حالة مع الاخوة فقط دون غيرهم . وأما ان كان معهم ذو فرض مسمى فانه يبدأ باهل
العرض يأخذوا فرضهم فباقي أعطى الفضل له من ثلاث اماثل ما بقي بعد حظوظ
ذوى الفرائض واما ان يكون بمنزلة ذكر من الاخوة واما ان يعطى السدس من رأس المال
لا ينقص منه ثم ما بقي يكون للاخوة للذكر مثل حظ الانثيين الا في الاكدرية على ما سئذ كر
مذهبه فيها مع سائر مذاهب العلماء . وأما على رضى الله عنه فكان يعطى الجد الاحظى له من
السدس أو المقاسمة وسواء كان مع الجد ولاخوة غيرهم من ذوى الفرائض أو لم يكن وانما
لم ينقصه من السدس شيئاً لانهم لم أجمعوا ان البناء لا ينقصونه منه شيئاً كان أخرى أن لا

ينقصه الاخوة وعمدة قول زيد انه لما كان يحجب الاخوة للام فلم يحجب عن ما يجب لهم
وهو الثلث وبقول زيد قال مالك والشافعي والثوري وجماعة وبقول علي رضي الله عنه قال
أبو حنيفة . وأما الفريضة التي تعرف بالاكدرية وهي امرأة توفيت وتركت زوجاً وأماً وأختاً
شقيقة وجداً فإن العلماء اختلفوا فيها فكان عمر رضي الله عنه وابن مسعود يعطيان للزوج
النصف وللأم السدس وللأخت النصف وللجد السدس وذلك على جهة العدل وكان علي
ابن أبي طالب رضي الله عنه وزيد يقولان للزوج النصف وللأم الثلث وللأخت النصف
ولللجد السدس فريضة إلا ان زيد أجمع سهم الأخت والجد فيقسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ
الأنثيين وزعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد وضعف الجميع التشريك الذي قال به زيد
في هذه الفريضة ويقول زيد قال مالك وقيل انما سميت الاكدرية لتكدر قول زيد
فيها وهذا كله على مذهب من يرى العول والعول قال جمهور الصحابة وقتها إلا مصار
الابن عباس فانه روى عنه أنه قال أعال الفرائض عمر بن الخطاب وإيم الله لو قدم من
قدم الله وأخر من أخر الله ما عالت فريضة قيل له وأياها قدم الله وأياها أخر الله قال كل
فريضة لم يهبطها الله عز وجل عن موجبها إلا إلى فريضة أخرى فهي ما قدم الله وكل
فريضة اذا زالت عن فرضها لم يكن لها إلا ما بقي فلك التي أخر الله فالأول مثل الزوجة
والأم والمتأخر مثل الأخوات والبنات قال فإذا اجتمع الصنفان بدى من قدم الله فان
بقي شيء قل من أخر الله والأفلاشي له قيل له فهل قلت هذا القول لعمر قال هبته وذهب
زيد إلى انه اذا كان مع الجد والأخوة الشقائق إخوة لأب ان الأخوة الشقائق يعادون
الجد بالأخوة لأب فيمنعونه بهم كثرة الميراث ولا يرثون مع الأخوة الشقائق شيئاً إلا ان
يكون الشقائق أختاً واحدة فانه تعاد الجد بأخوتها لأب ما بينهما وبين ان تستكمل فريضتها
وهي النصف وان كان فيما يحازلها ولا خوتها إلا بيها فضل عن نصف رأس المال كله
فهو لا خوتها إلا بيها للذكر مثل حظ الأنثيين فان لم يفضل شيء على النصف فلا ميراث لهم
فاما على رضي الله عنه فكان لا يلتفت هنا للأخوة لأب للاجماع على ان الأخوة الشقائق
يحجبونهم ولان هذا الفعل أيضاً مخالف لأصول أعني ان يحتسب بمن لا يرث واختلف
الصحابة رضي الله عنهم من هذا الباب في الفريضة التي تدعى الخرقاء وهي أم وأخت وجد
على خمسة أقوال فذهب أبو بكر رضي الله عنه وابن عباس إلى ان للام الثلث والباقي للجد
وحججوا به الأخت وهذا على رأيهم في اقامة الجد مقام الأب وذهب على رضي الله عنه إلى أن

الإمام الثالث وللأخت النصف وما بقي للجد وذهب عثمان إلى أن للإمام الثالث وللأخت الثلث وللجد الثالث وذهب ابن مسعود إلى أن للأخت النصف وللجد الثالث وللإمام السادس وكان يقول معاذ الله أن أفضل أمأ على جد وذهب زيد إلى أن للإمام الثالث وما بقي بين الجد والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين

(ميراث الجدات)

وأجمعوا على أن للجددة أم الأم السادس مع عدم الأم وأن للجددة أيضاً أم الأب عند فقد الأب السادس فإن اجتمعوا كان السادس بينهما واختلفوا فيما سوى ذلك فذهب زيد وأهل المدينة إلى أن للجددة أم الأم بفرض لها السادس فريضة فإذا اجتمعت الجدات كان السادس بينهما إذا كان قعددهما سواء وكانت أم الأب أقعد فإن كانت أم الأم أقعد أى أقرب إلى الميت كان لها السادس ولم يكن للجددة أم الأب شئ وقد روى عنه أيهما أقعد كان لها السادس وبه قال على رضى الله عنه ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة والثوري وأبو ثور وهؤلاء ليس يورثون إلا هاتين الجدتين المجمع على تورثهما وكان الأوزاعي وأحمد يورثان ثلاث جدات واحدة من قبل الأم وإثنتين من قبل الأب أم الأب وأم ابى الأب أعنى الجد وكان ابن مسعود يورث أربع جدات أم الأم وأم الأب وأم ابى الأب أعنى الجد وأم ابى الأم أعنى الجد وبه قال الحسن وابن سيرين وكان ابن مسعود يشرك بين الجدات في السادس دنياهن وقصواهن ما لم تكن تحجبها بنتها أو بنت بنتها وقد روى عنه أنه كان يستقط القصوى بالدنيا إذا كانت من جهة واحدة وروى عن ابن عباس أن الجدة كالأم إذا لم تكن أم وهو شاذ عند الجمهور ولكن له حظ من القياس فعمدة زيد وأهل المدينة والشافعي ومن قال مذهب زيد ما رواه مالك أنه قال جاءت الجدة إلى أبى بكر رضى الله عنه تسأله عن ميراثها فقال أبو بكر مالك في كتاب الله عز وجل شئ وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً فأرجعى حتى أسأل الناس فقال له المغيرة بن شعبه حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاهم السادس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقال محمد بن مسلمة فقال مثل ما قال المغيرة فأنفذ أبو بكر لها ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله عز وجل شئ وما كان القضاء الذى قضى به إلا لغيرك وما أنا بزائد في الفرائض ولكنه ذلك السادس فإن اجتمعوا فيه فهو لكما وأيتكما انفردت به فهو لها وروى مالك أيضاً أنه أتت

الجدتان الى أبي بكر فارادان فجعل السدس للتي من قبل الام فقال له رجل اما انك تترك التي لو
ماتت وهو حي كان اياها يرث فجعل أبو بكر السدس بينهما قالوا فواجب أن لا يعتمدى في هذا هذه
السنة واجماع الصحابة . واما عمدة من ورث الثلاث جدات فحديث ابن عينة عن منصور
عن ابراهيم ان النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات اثنتين من قبل الاب وواحدة
من قبل الام وأما ابن مسعود فعمدته القياس في تشبيهها بالجدة للاب لكن الحديث يعارضه
واختلفوا هل يحجب الجدة للاب ابنها وهو الاب فذهب زيد الى انه يحجب وبه قال مالك
والشافعي وأبو حنيفة ودادود وقال آخر ون ترث الجدة مع ابنها وهو مروي عن عمر وابن
مسعود وجهامة من الصحابة وبه قال شرح وعطاء وابن سيرين واحمد وهو قول الفقهاء
المصريين وعمدة من حجب الجدة بابنها ان الجد لما كان محجوباً بالاب وجب ان تكون الجدة
اولى بذلك وأيضاً فلما كانت ام الام لا ترث باجماع مع الام شيئاً كان كذلك ام الاب مع
الاب وعمدة الفريق الثاني ماروي الشعبي عن مسروق عن عبد الله قال اول جدة اعطاها
رسول الله صلى الله عليه وسلم سدساً جدة مع ابنها وابنها حي قالوا ومن طريق النظر لما كانت
الام وام الام لا يحجبن بالذكور كان كذلك حكم جميع الجدات وينبغي أن يعلم أن مالكا
لا يخالف زيداً الا في فرضة واحدة وهي امرأة هلكت وتركت زوجاً واماً وإخوة لام
وإخوة لاب وام وجد أقل مالكا للزوج النصف وللأم السدس وللجد ما بقي وهو الثلث
وليس للاخوة الشقائق شيء وقال زيد للزوج النصف وللأم السدس وللجد السدس وما بقي
للاخوة الشقائق فخالف مالك في هذه المسئلة اصله من ان الجد لا يحجب الاخوة الشقائق ولا
الاخوات للاب ومجته أنه لم يحجب الاخوة للام عن الثلث الذي كانوا يستحقونه دون
الشقائق كان هو أولى به . وأما زيد فعلى أصله في أنه لا يحجبهم .

(باب في الحجب)

وأجمع العلماء على ان الاخ الشقيق يحجب الاخ للاب وأن الاخ للاب يحجب بني الاخ
الشقيق وأن بني الاخ الشقيق يحجبون أبناء الاخ للاب وبني الاخ للاب أولى من بني ابن
الاخ للاب والام وبني الاخ للاب أولى من العم أخى الاب وابن العم أخو الاب الشقيق
اولى من ابن العم أخى الاب للاب وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنينهم ومن حجب منهم ضناً
فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف وبالجملة . اما الاخوة فالأقرب منهم يحجب الأبعد فاذا
استوا حجب منهم من أدلى بسببين ام واب من ادلى بسبب واحد وهو الاب فقط وكذلك

الاعمام الاقرب منهم يحجب الا بعد فان استو واحجب من يدلى منهم الى الميت بسبيين من تدلى بسبب واحد اعنى انه يحجب العلم اخو الاب لاب وام العلم الذى هو اخو الاب لاب فقط واجمعوا على ان الاخوة الشقائق والاخوة الاب يحجبون الاعمام لان الاخوة بنو أب المتوفى والاعمام بنو جدهم والابناء يحجبون بنهم والاباء اجدادهم والبنون وبنوهم يحجبون الاخوة والجدي يحجب من فوقه من الاجداد باجماع والاب يحجب الاخوة ويحجب من تحجبه الاخوة والجدي يحجب الاعمام باجماع والاخوة للام ويحجب بنى الاخوة الشقائق وبنى الاخوة الاب والبنات وبنات البنين يحجبن الاخوة للام واختلف العلماء فيمن ترك ابني عم احدهما أخ للام فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة والثوري الاخ للام السدس من جهة ما هو أخ لام وهو في باقي المال مع ابن النعم الاخر عصبه يتقسمونه بينهم على السواء وهو قول على رضى الله عنه وزيد وابن عباس وقال قوم المال كله لابن العلم الذى هو أخ لام يأخذ سدسه بالاخوة وبقيته بالتعصيب لا بد قد أدلى بسبيين ومن قال بهذا القول من الصحابة ابن مسعود ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبري وهو قول الحسن وعطاء واختلف العلماء في رد ما بقي من مال الورثة على ذوى الفرائض اذا بقيت من المال فضلة لم تستوفها الفرائض ولم يكن هناك من يعصب فكان زيد لا يقول بالرد ويجعل الفاضل في بيت المال وبه قال مالك والشافعي وقال جل الصحابة بالرد على ذوى الفروض ما عدا الزوج والزوجة وان كانوا اختلفوا في كيفية ذلك وبه قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم فمن كان له نصف اخذ النصف مما بقي وهكذا في جزء جزء وعمدتهم أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط أى ان هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب واحد وهما مسائل مشهورة الخلاف بين أهل العلم فيها تتعلق باسباب الموارث يجب ان نذكرها هنا فمنها أنه أجمع المسلمون على ان الكافر لا يرث المسلم لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » ولمثبت من قوله عليه الصلاة السلام: لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم واختلفوا في ميراث المسلم الكافر وفي ميراث المسلم المرتد فذهب جمهور العلماء من الصحابة والتابعين وفقهاء الامصار الى أنه لا يرث المسلم الكافر بهذا الاثرا ثابت وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد بن المسيب ومسرور من التابعين وجماعة الى أن المسلم يرث الكافر وشبهوا ذلك بنسائهم فقالوا كما يجوز لنا ان ننكح نساءهم ولا يجوز لنا ان ننكحهم نساءنا كذلك الارث ورووا في ذلك

حديثاً مسنداً قال أبو عمر وليس بالتوى عند الجمهور وشبهوه أيضاً بالقصاص في الدماء التي لا تمكافؤ. وأما مال المرتد اذا قتل أو مات فقال جمهور فقهاء الحجاز هو جماعة المسلمين ولا يرثه قرابته وبه قال مالك والشافعي وهو قول زيد من الصحابة وقال أبو حنيفة والثوري وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلى رضي الله عنهم وعمدة الثوري الأول عموم الحديث وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس وقياسهم في ذلك هو أن قرابته أولى من المسلمين لأنهم يدلون بسببين بالاسلام والقرابة والمسلمون بسبب واحد وهو الاسلام ووربما أكدوا بما يبقى لما لم ينحزم إلى حكم الاسلام بدليل أنه لا يؤخذ في الحال حتى يموت الا ما روى عن أشهب فكانت حياته معتبرة في بقاء ماله على ملكه وذلك لا يكون الا بان يكون لماله حرمة اسلامية ولذلك لم يحجز ان يقر على الارتداد بخلاف الكافر وقال الشافعي وغيره يؤخذ بتضاء الصلاة اذا تاب من الردة في أيام الردة والطائفة الاخرى تقول بوقف ماله لان له حرمة اسلامية وانما وقف رجاء ان يعود الى الاسلام وان استيجاب المسلمين لماله ليس على طريق الارتداد وشذت طائفة فقالت ماله للمسلمين عند ما يرتدوا ظن ان أشهب ممن يقول بذلك وأجمعوا على تورث أهل الملة الواحدة بعضهم بعضاً واحتلوا في تورث الملل المختلفة فذهب مالك وجماعة الى ان أهل الملل المختلفة لا يتوارثون كاليهود والنصارى وبه قال أحمد وجماعة وقال الشافعي وأبو حنيفة وأبو ثور والثوري وداود وغيرهم الكفار كلهم يتوارثون وكان شريح وابن أبي ليلى وجماعة يجعلون الملل التي لا تتوارث ثلاثاً النصارى واليهود والصابئين ملة والمجوس ومن لا كتاب له ملة والاسلام ملة وقد روى عن ابن أبي ليلى مثل قول مالك وعمدة مالك ومن قال قوله ما روى الثقات عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يتوارث أهل ملتين وعمدة الشافعية والحنفية قوله عليه الصلاة والسلام: لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وذلك ان المقصود من هذا دليل الخطاب ان المسلم يرث المسلم والكافر يرث الكافر والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا واختلفوا في تورث الجملاء والجملاء هم الذين يتحملون بأولادهم من بلاد الشرك الى بلاد الاسلام أعني انهم يولدون في بلاد الشرك ثم يخرجون الى بلاد الاسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسب وذلك على ثلاثة أقوال قول انهم يتوارثون بما يدعون من النسب وهو قول جماعة من التابعين واليه ذهب اسحق وقول انهم لا يتوارثون الا بيمينه تشهد

على انسابهم وبه قال شرح والحسن وجماعة وقول انهم لا يتوارثون أصلاً وروى عن عمر
الثلثة الاقوال الا ان الاشهر عنه انه كان لا يورث الامن ولد في بلاد العرب وهو قول عثمان
وعمر بن عبد العزيز وامام مالك واصحابه فاختلف في ذلك قولهم ففهمهم من رأى أن لا يورثون الا
بينته وهو قول ابن القاسم ومنهم من رأى أن لا يورثون أصلاً ولا بالبينة العادلة ومن قال بهذا
القول من اصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون وروى ابن القاسم عن مالك في اهل حصن
نزول اعلى حكم الاسلام فشهد بعضهم لبعض انهم يتوارثون وهذا يخرج منه انهم يتوارثون
بلا بينة لان مال الكالا يجوز شهادة الكفار بعضهم على بعض قال فاما ان سبوا فلا يقبل قولهم
في ذلك وينحو هذا التفصيل قال الكوفيون والشافعي وأحمد وأبو ثور وذلك انهم قالوا ان
خرجوا إلى بلاد الاسلام وليس لاحد عليهم يد قبلت دعواهم في أنسابهم . واما ان ادركهم
السبي والرق فلا يقبل قولهم إلا بينة ففي المسئلة أربعة أقوال اثنان طرفان واثنان مفرقان
وجمهور العلماء من فقهاء الامصار ومن الصحابة على وزيد وعمران من لا يرث لا يحجب مثل
الكافر والمملوك والقاتل عمد أو كان ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون ان يرثهم أعني
بأهل الكتاب وبالعبيد وبالقاتلين عمد أو به قال داود وأبو ثور وعمدة الجمهور ان الحجب
في معنى الارث وانهما امتلا زمان وحجة الطائفة الثانية ان الحجب لا يرتفع الا بالموت واختلاف
العلماء في الذين يقتدون في حرب أو غرق أو هدم ولا يدري من مات منهم قبل صاحبه كيف
يتوارثون اذا كانوا أهل ميرات فذهب مالك وأهل المدينة الى أنهم لا يورث بعضهم من
بعضهم وان ميراثهم جميعاً لمن بقي من قرانهم الوارثين أوليت المال ان لم تكن لهم قرابة ترث
وبه قال الشافعي وأبو حنيفة واصحابه فيما حكى عنه الطحاوي وذهب على وعمر رضي الله
عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيما ذكر غير الطحاوي عنهم وجمهور البصريين الى أنهم
يتوارثون وصفة تورثهم عندهم انهم يورثون كل واحد من صاحبه في أصل ماله دون
ما ورث بعضهم من بعض أعني انه لا يضم الى مال المورث ما ورث من غيره فيتوارثون
الكل على انه مال واحد كالحال في الذين يعلم تقدم موت بعضهم على بعض مثال ذلك زوج
وزوجة توفيا في حرب أو غرق أو هدم ولكل واحد منهما ألف درهم فيورث الزوج
من المرأة خمسمائة درهم وتورث المرأة من الالف التي كانت بيد الزوج دون الخمسمائة
التي ورث منها ربحاً وذلك مائتان وخمسون ومن مسائل هذا الباب اختلاف العلماء
في ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت الى أن ولد الملاعنة

يورث كثير غير ولد الملائنة وأندليس لأمه الا الثلث والباقي لبيت المال الا ان يكون له اخوة لام فيكون لهم الثلث أو تكون أمه مولاة فيكون باقي المال لموالها والاقارب باقي لبيت مال المسلمين وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه الا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوى الارحام أولى من جماعة المسلمين وعلى قياس أيضاً من يقول بالرد على الام بتيمة المال وذهب على وعمر وابن مسعود الى أن عصيته عصبة أمه أعني الذين يرثونها وروى عن علي وابن مسعود أنهم كانوا لا يجعلون عصيته عصبة أمه الا مع فقد الام وكانوا يتركون الام بمنزلة الاب وبه قال الحسن وابن سيرين والثوري وابن حنبل وجماعة وعمدة الفريق الاول عموم قوله تعالى «فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث» فقالوا اهذه أم وكل أم لها الثلث فلهذا الثلث وعمدة الفريق الثاني ما روى من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه الحق ولد الملائنة بأمه وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جعل النبي صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملائنة لا أمه ولو ورثته وحديث واثلة بن الاسقع عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: المرأة تحوز ثلاثة موال عتيقها ولقيطها وولدها الذي لا عنت عليه وحديث مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم يمثل ذلك خرج جميع ذلك أبوداود وغيره * قال القاضي هذه الآثار انصير اليها واجب لانها قد خصصت عموم الكتاب والجمهور على ان السنة تخصص بها الكتاب ولعل الفريق الاول لم تبلغهم هذه الاحاديث أو لم تصح عندهم وهذا القول مروى عن ابن عباس وعثمان وهو مشهور في المصدر الاول واشتهر في الصحابة دليل على صحة هذه الآثار فان هذا ليس يستنبط بالقياس والله اعلم ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك ابنين وأقر أحدهم فأخ ثالث وانكر الثاني فقال مالك وأبو حنيفة يجب عليه ان يعطيه حقه من الميراث يعنون المقر ولا يثبت بقوله نسبه وقال الشافعي لا يثبت النسب ولا يجب على المقر أن يعطيه من الميراث شيئاً واختلف مالك وأبو حنيفة في القدر الذي يجب على الاخ المقر فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو أقر الاخ الثاني وثبت النسب وقال أبو حنيفة يجب عليه ان يعطيه نصف ما بيده وكذلك الحكم عند مالك وأبي حنيفة فيمن ترك ابناً واحداً فأقر بأخ له آخر أعني انه لا يثبت النسب ويجب الميراث. وأما الشافعي فمعه في هذه المسئلة قولان أحدهما انه لا يثبت النسب ولا يجب الميراث، والثاني يثبت النسب ويجب الميراث وهو الذي عليه تناظر الشافعية في المسائل الطبلولية ويجعلها مسألة عامة وهو ان كل من يحوز المال

يثبت النسب باقراره وان كان واحداً أخواً أو غير ذلك وعمدة الشافعية في المسئلة الاولى وفي أحد قوايه في هذه المسئلة اعنى القول الغير المشهور ان النسب لا يثبت الا بشاهدى عدل وحيث لا يثبت فلا ميراث لان النسب اصل والميراث فرع واذا لم يوجد الاصل لم يوجد الفرع وعمدة مالك وابي حنيفة ان ثبوت النسب هو حق متعد الى الاخ المنكر فلا يثبت عليه الا بشاهدين عدلين واما حظه من الميراث الذى بيد المقر فاقاراه فيه عامل لانه حق أقر به على نفسه والحق ان القضاء عليه لا يصح من الحالكم الا بعد ثبوت النسب وانه لا يجوز له بين الله تعالى وبين نفسه ان يمنع من يعرف انه شريك في الميراث حظه منه . وأما عمدة الشافعية في اثباتهم النسب باقرار الواحد الذى يجوز الميراث فالسمع والقياس أما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت كان عتبة بن أبى وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبى وقاص ان ابن وليدة زمعة منى فاقبضه اليك فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبى وقاص وقال ابن اخى قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال اخى وابن وليدة ابى ولد على فراشه فتساوقاه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد يا رسول الله ابن أخى قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة احتججى منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبى وقاص قال فما رآها حتى لقي الله عز وجل فتضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه باقراره اذ لم يكن هنالك وارت منازع له وأما أكثر الفقهاء فمقدأشك كل عليهم معنى هذا الحديث لخروج وجهه عندهم عن الاصل المجمع عليه في اثبات النسب ولهم في ذلك تأويلات وذلك أن ظاهر هذا الحديث انه أثبت نسبه باقرار أخيه به والاصل أن لا يثبت نسب الا بشاهدى عدل ولذلك تأول الاس في ذلك تأويلات فقالت طائفة انه انما أثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول أخيه لانه يمكن ان يكون قد علم ان تلك الامه كان يطؤها زمعة بن قيس وانما كانت فراشاً له قالوا وما يؤكده ذلك انه كان صهره وسودة بنت زمعة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام فيمكن أن لا يخفى عليه امرها وهذا على القول بان للتأذى ان يقتضى بعلمه ولا يليق هذا التأويل بمذهب مالك لانه لا يقتضى القاضى عنده بعلمه ويليقي بمذهب الشافعى على قوله الاخر أعنى الذى لا يثبت فيه النسب والذين قالوا بهذا التأويل قالوا انما امر سودة بالحجة احتياطاً لشبهة الشبه لا أن ذلك

كان واجبا وقال لمكان هذا بعض الشافعية ان الزوج ان يحجب الاخت عن اخيه او قالت طائفة امره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا بعلمه بالفراس وافترق دولا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام: هولاك فقالت طائفة انما أراد هو عبدك اذ كان ابن امة ابيك وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه في ذلك بقوله الولد للفراس وللعاشر الجحر وقال الطحاوي انما أراد بقوله عليه الصلاة والسلام هولاك يا عبد بن زمعة أى يدك عليه بمنزلة ما هو يد الاقط على اللقطة وهذه التأويلات تضعف لتعليله عليه الصلاة والسلام حكمه بان قال الولد للفراس وللعاشر الجحر . وأما المعنى الذى يعتمد الشافعية في هذا المذهب فهو ان اقرار من يحوز الميراث هو اقرار خلافة أى اقرار من حاز خلافة الميت وعند الغير انه اقرار شهادة لا اقرار خلافة يريد ان الاقرار الذى كان للميت انتقل الى هذا الذى حاز ميراثه وانفق الجمهور على أن اولاد الزنا لا يلحقون بأبائهم الا فى الجاهلية على ما روى عن عمر بن الخطاب على اختلاف فى ذلك بين الصحابة وشذ قوم فقالوا يلحق ولد الزنا فى الاسلام أعنى الذى كان عن زنا فى الاسلام واتفقوا على أن الولد لا يلحق بالفراس فى أقل من ستة أشهر إمام من وقت العتد وامان وقت الدخول وانه يلحق من وقت الدخول الى أقصر زمان الحمل وان كان قد فارقه واعتزلها واختلقوا فى أطول زمان الحمل الذى يلحق به بالوالد الولد فقال مالك خمس سنين وقال بعض أصحابه سبع وقال الشافعي أربع سنين وقال الكوفيون سنتان وقال محمد بن الحكم سنة وقال داود ستة أشهر وهذه المسئلة مرجوع فيها الى العادة والتجربة وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب الى المعتاد والحكم انما يجب ان يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعله ان يكون مستحيلا وذهب مالك والشافعي الى ان من تزوج امرأة ولم يدخل بها أو دخل بها بعد الوقت وأتت بولد لستة أشهر من وقت العتد لا من وقت الدخول انه لا يلحق به الا اذا أتت به لستة أشهر فأكث من ذلك من وقت الدخول وقال أبو حنيفة هي فراس لهو يلحقه الولد وعمدة مالك انها ليست بفراس الا بمكان الوطء وهو مع الدخول وعمدة أبي حنيفة عموم قوله عليه السلام: الولد للفراس وكنه يرمى أن هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام فى الحاق الولد بالوطء الحلال واختلقوا من هذا الباب فى اثبات النسب بالعمافة وذلك عند ما يطرأ رجلان فى طهر واحد بملك يمين أو بشكاح ويتصور الحكم ايضا بالعمافة فى اللقيط الذى يدعيه رجس لان او ثلاثة والعمافة عند العرب هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس فقال بالعمافة من قهماء .

الامصار مالك والشافعي واحمد وابو ثور والاوزاعي وأبي الحكم بالقافة الكوفيون وأكثر
 أهل العراق والحكم عندهؤلاء انه اذا ادعى رجلان ولداً كان الولد بينهما وذلك اذا لم يكن
 لاحدهما فراش مثل ان يكون لقيطاً أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشاً مثل الامة
 أو الحرة بطوهار جلان في طهر واحد وعند الجمهور من القائلين بهذا القول أنه يجوز ان
 يكون عندهم للابن الواحد ابوان فقط وقال محمد صاحب أبي حنيفة يجوز ان يكون ابناً لثلاثة
 ان ادعوه وهذا كله تخليط وابطال للمعقول والمنقول وعمدة استدلال من قال بالقافة مارواه
 مالك عن سليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم أي
 بن ادعاهم في الاسلام فأتى رجلان كلاهما يدعى ولداً امرأة فدعا قائفاً فنظر اليه فقال القائف
 لتداستر كفيه فضربه عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال اخبريني بخبرك فقالت كان هذا لاحد
 الرجلين يأتي في ابل لاهلها فلا يفارقها حتى يظن ونظن انه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها
 فامر يمت عليه دما ثم خلف هذا عليها تعني الآخر فلا أدري أيهما هو فكبر القائف فقال عمر
 للعالم والأيهما شئت قالوا فقتلوا عمر بحضور من الصحابة بالامانة من غير انكار من واحد
 منهم هو كالا جماع وهذا الحكم عند مالك اذا قضى القافة بالاشتراك ان يؤخر الصبي حتى يبلغ
 ويقال له والأيهما شئت ولا يلحق واحدائنين وبه قال الشافعي وقال أبو ثور يكون ابناً لهما
 اذا زعم القائف انهما اشتركا فيه وعند مالك انه ليس يكون ابناً لثلاثين لقوله تعالى «يا أيها الناس
 انا خلقناكم من ذكروا أنثى» واحتج القائلون بالقافة أيضاً بحديث ابن شهاب عن عروة عن
 عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسروراً تبرق أساور وجهه فقال ألم تسمعي
 ما قال محرز المدجلي لزيد واسامة ورأى أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضهما من بعض قالوا
 وهذا مروى عن ابن عباس وعن أنس بن مالك ولا يخالف لهم من الصحابة وأما الكوفيون
 فقلوا الاصل أن لا يحكم لاحد المتنازعين في الولد الا ان يكون هناك فراش لقوله عليه السلام
 الولد للفراش فاذا عدم الفراش أو اشتركا في الفراش كان ذلك بينهما وكانهم سر أو ذلك بنوة
 شرعية لا طبيعية فانه ليس يلزم من قال انه لا يمكن ان يكون ابن واحد عن ابوين بالعقل أن لا
 يجوز وقوع ذلك في الشرع وروى مثل قولهم عن عمر ورواه عبد الرزاق عن علي وقال
 الشافعي لا يقبل في القافة الا رجلان وعن مالك في ذلك روايتان احدهما مثل قول الشافعي
 والثانية انه يقبل قول قائف واحد والقافة في المشهور عن مالك انما يقضى بها في ملك النيين
 فقط لا في النكاح وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي وقال أبو عمر بن عبد البر في هذا

حديث حسن مسند أخذ به جماعة من اهل الحديث واهل الظاهر واد الثوري عن صالح
ابن حي عن الشعبي عن زيد بن ارقم قال كان علي باليمن فأتى بامرأة وطئها ثلاثة اناس في طهر
واحد فسأل كل واحد منهم ان يقر لصاحبه بالولد فأبى فأقرع بينهم وقضى بالولد للذي
أصابته القرعة وجعل عليه ثلثي الدية فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فأعجبه ونحك حتى
بدت نواجذه وفي هذا القول انقاذ الحكم بالماقة والحق الولد بالقرعة واختلما في ميراث
القاتل على اربعة اقوال قتال قوم لا يرث القاتل اصلا من قتله وقال آخر ون يرث القاتل وهم
الاقول وفرق قوم بين الخطأ والعمد فقالوا لا يرث في العمد شيئا ويرث في الخطأ الامن الدية
وهو قول مالك واصحابه وفرق قوم بين ان يكون في العمد قتل بامر واجب او بغير واجب
مثل ان يكون من له اقامة الحدود وبالجملة بين ان يكون ممن يهتم اولادهم * وسبب الخلاف
معارضة اصل الشرع في هذا المعنى للنظر المصلحي وذلك ان النظر المصلحي يقتضي أن لا يرث
لثلاثي ندرع الناس من الموارث الى القتل وانباغ الظاهر والتعبد بوجوب أن لا يلتفت الى ذلك
فانه لو كان ذلك مما قصد لا لفت اليه الشارع وما كان ربك نسياً كما تقول الظاهرية
واختلفوا في الوارث الذي ليس بمسلم بعمد موروثه المسلم وقبل قسم الميراث وكذلك
ان كان موروثه على غير دين الاسلام فقال الجمهور انما يعتبر في ذلك وقت الموت فان كان
اليوم الذي مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرثه أصلا سواء أسلم قبل قسم الميراث أو بعده
وكذلك ان كان موروثه على غير دين الاسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم وارثه
ضرورة سواء كان اسلامه قبل القسم أو بعده وقالت طائفة منهم الحسن وقتادة وجماعة
المعتبر في ذلك يوم القسم وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعمدة كلا الفريقين قوله صلى
الله عليه وسلم: أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض
ادركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام فمن اعتبر وقت التسمة حكم للمقسم في ذلك
الوقت بحكم الاسلام ومن اعتبر وجوب التسمة حكم في وقت الموت للمقسم بحكم الاسلام
وروى من حديث عطاء أن رجلا أسلم على ميراث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
قبل أن يقسم فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه وكذلك الحكم عندهم فحين أعتق
من الورثة بعد الموت وقبل القسم فهذه هي المسائل المشهورة التي تتعلق بهذا الكتاب قال
القاضي ولما كان الميراث إما يكون بأحد ثلاثة أسباب إما بنسب أو بصهر أو بولاء وكان قد

قيل في الذي يكون بالنسب والصهر فيجب ان نذكر هاهنا الولاء لمن يجب ومن يجب فيه من لا يجب وما أحكامه .

• (باب في الولاء) •

فأما من يجب له الولاء ففقيه مسائل مشهورة تجرى مجرى الاصول لهذا الباب .

المسألة الاولى : أجمع العلماء على ان من أعتق عبده عن نفسه فان ولاه له وأنه يرثه اذا لم يكن له وارث وأنه عصبة له اذا كان هنالك ورثة لا يحيطون بالمال فأما كون الولاء للمعتق عن نفسه فلم ثابت من قوله عليه السلام في حديث بريرة : إنما الولاء لمن أعتق واختلفوا اذا أعتق عبده عن غيره فقال مالك الولاء للمعتق عنه لا الذي باشر العتق وقال أبو حنيفة والشافعي ان أعتقه عن علم المعتق عنه ولولا للمعتق عنه وان أعتقه عن غير علمه فالولاء للمباشر للمعتق وعمدة الحنفية والشافعية ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : الولاء لمن أعتق وقوله عليه الصلاة والسلام : الولاء لجمعة كل جمعة النسب قالوا فلما لم يجز أن يلتحق بسبب بالحر بغير إذنه فكذلك الولاء ومن طريق المعنى فلان عتقه حر يد وقعت في ملك المعتق فوجب ان يكون الولاء له أصله اذا اعتقه من نفسه وعمدة مالك انه اذا أعتقه عنه فقد ملكه اياه فأشبهه الوكيل ولذلك اتفقوا على انه اذا اذن له المعتق عنه كان ولاؤه للمباشر وعند مالك انه من قال لعبده أنت حر لوجه الله وللمسلمين أن الولاء يكون للمسلمين وعندهم يكون للمعتق .

المسألة الثانية : اختلف العلماء فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له فقال مالك والشافعي والثوري وداود وجماعة لا ولاه له وقال أبو حنيفة وأصحابه له ولاؤه اذا اذناه وذلك أن من مذهبهم أن للرجل أن يوالى رجلاً آخر فيرثه ويعقل عنه وأن له ان ينصرف من ولائه الى ولا غيره ما لم يعقل عنه وقال غيره بنفس الاسلام على يديه يكون له ولاؤه فعمدة الطائفة الاولى قوله صلى الله عليه وسلم : إنما الولاء لمن أعتق وأما هذه هي التي يسمونها الحاصرة وكذلك الالف واللام هي عندهم للحصر ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصاً بالحكوم عليه لا يشاركه فيه غيره أعني أن لا يكون ولاه بحسب مفهوم هذا القول الا للمعتق فقط المباشر وعمدة الحنفية في اثبات الولاء بالمسألة قوله تعالى «ولكل جعلنا موالاً مما ترك الوالدان والاقرّبون» وقوله تعالى «والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصابهم» وحجة من قال الولاء يكون بنفس الاسلام فقط حديث تميم الداري قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشرك يسلم على يدي مسلم فقال هو أحق الناس وأولاهم بحياته ومماته وقضى به

عمر بن عبد العزيز وعنده ان يترك الاول أن قوله تعالى «والذين باعوا أنفسهم فليسوا بعبدة» وان ذلك كان في صدر الاسلام وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته
لثبوت نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك والولاء السائبة .

(المسئلة الثالثة) اختلف العلماء اذا قال السيد لعبده أنت سائبة فقال مالك ولا يؤد
وعتله للمسلمين وجعله بمنزلة من اعتق عن المسلمين الا أن يريد به معنى العتق فقط فيكون
ولا يؤدله وقال الشافعي وأبو حنيفة ولا يؤد للمعتق على كل حال وبه قال أحمد وداود وأبو نوري
وقالت طائفة له أن يجعل ولاءه حيث شاء وان لم يوال أحداً كان ولاؤه للمسلمين وبه قال
الليث والاوزاعي وكان إبراهيم والشعبي يقولان لا بأس ببيع ولاء السائبة وهبته وحبته
هؤلاء هي الجحجج المتقدمة في المسئلة التي قبلنا : وأما من أجاز بيعه فلا أعرف له حجة في هذا
الوقت .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء في ولء العبد المسلم اذا أعتقه النصراني قبل أن يباع
عليه لمن يكون فقال مالك وأصحابه ولاؤه للمسلمين فان أسلم مولا بعد ذلك لم يعد اليه ولاؤه
ولا ميراثه وقال الجمهور ولاؤه لسيدده فان أسلم كان له ميراثه وعنده الجمهور أن الولاء كالسب
وانه اذا أسلم الاب بعد اسلام الابن انه يرثه فكذلك العبد . وأما عمدة مالك فعموم قوله
تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) فهو يقول انه لما لم يجب له الولاء يوم العتق
لم يجب له فيما بعد وأما اذا وجب له يوم العتق ثم طرأ عليه ما عمن وجوبه فلم يخلوا انه اذا
ارتفع ذلك المانع أنه يعود الولاء له ولذلك اتفقوا انه اذا اعتق النصراني الذي عبده النصراني
قبل ان يسلم احدهما ثم أسلم العبد أن الولاء يرتفع فان أسلم المولى عاد اليه وان كانوا اختلفوا
في الحرية يعتق عبده وهو على دينه ثم يخرجان اليهما مسلمين فقال مالك هو مولا ديرته وقال
ابو حنيفة لا ولاء بينهما وللعبد ان يوالى من شاء على مذهبه في الولاء والتحالف وخالف
أشهب ما لا كاف قال اذا أسلم العبد قبل المولى لم يعد الى المولى ولاؤه ابدأ وقال ابن القاسم يعود
وهو معنى قول مالك لا مالكا يعتبر وقت العتق وهذه المسائل كلها هي مفروضة في القول
لا تقع بعد فانه ليس من دين النصراني ان يسترق بعضهم بعضاً ولا من دين اليهود فيما يعتقونه
في هذا الوقت ويزعمون انه من ملهم .

(المسئلة الخامسة) اجمع جمهور العلماء على ان النساء ليس لهن مدخل في وراثة الولاء
الا من باشرن عتقه بأنفسهن او ما جر اليهن من باشرن عتقه اما بولاء او بنسب مثل مدعتق مدعتقها

اوابن معتقها وانهم لا يرثن معتق من يرثه الا ما حكي عن شريح وعمدته انه لما كان لها ولاء ما اعتقت بنفسها كان لها ولاء ما اعتقه موروثها قياساً على الرجل وهذا هو الذي يعرفونه بقياس المعنى وهو ارفع مراتب القياس وانما الذي يوهنه الشذوذ وعمدة الجمهور ان الولاء انما وجب للنعمة التي كانت للمعتق على المعتق وهذه النعمة انما توجد فيمن باشر العتق او كان من سبب قوى من اسبابه وهم العصابة

قال القاضي واذا قدر من له ولاء ممن ليس له ولاء فبقى النظر في ترتيب اهل الولاء في الولاء فمن اشهر مسائلهم في هذا الباب المسئلة التي يعرفونها بالولاء للكبر مثال ذلك رجل اعتق عبداً ثم مات ذلك الرجل وترك اخوين اوابنين ثم مات احد الاخوين وترك ابنا واحداً ابنين فقال الجمهور في هذه المسئلة ان حظ الاخ الميت من الولاء لا يرثه عنه ابنه وهو راجع الى اخيه لانه احق به من ابنه بخلاف الميراث لان المحجب في الميراث يعتبر بالقرب من الميت وهنا بالقرب من المباشر للعتق وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وابن مسعود وزيد ابن ثابت من الصحابة وقال شريح وطائفة من أهل البصرة حق الاخ الميت في هذه المسئلة لبنية وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث وعمدة الفريق الاول أن الولاء سبب مبدؤه من المباشر ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب المسئلة التي تعرف بجر الولاء وصورتها أن يكون عبداً لبنون من امة فاعتقت الامة ثم اعتق العبد بعد ذلك فان العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين اذا اعتق الاب وذلك أنهم اتفقوا على أن ولاءهم بعد عتق الام اذا الميس المولود الرق في بطن امه وذلك يكون اذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق الاب هو لموالى الام واختلفوا اذا اعتق الاب هل يجر ولاءه عليه لمواليه أم لا يجر فذهب الجمهور ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأصحابهم الى أنه يجر وبه قال على رضى الله عنه وابن مسعود والزيبر وعثمان بن عفان وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجماعة لا يجر ولاءه وروى عن عمر وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدثه به قبيصة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب وان كان قد روى عن عمر مثل قول الجمهور وعمدة الجمهور أن الولاء مشبه بالنسب والنسب للاب دون الام وعمدة الفريق الثانى أن البنين لما كانوا في الحرية تابعين لامهم كانوا في موجب الحرية تابعين لها وهو الولاء وذهب مالك الى أن الجديد يجر ولاءه فحدثه اذا كان أبوه عبداً إلا أن يعتق الاب وبه قال الشافعي وخالفه في ذلك الكوفيون واعتدوا في ذلك على أن ولاء الجد انما يثبت لمعتق الجد على البنين من جهة الاب واذا لم يكن للاب ولاء فأحرى أن لا يكون للجد وعمدة الفريق الثانى

أن عبودية الاب هي كموته فوجب أن ينتقل الولاء إلى أبي الاب ولا خلاف بين من يقول بأن الولاء للعصبة فيما أعلم أن البناء أحق من الأباء وأنه لا ينتقل إلى العمود الأعلى إلا إذا فقد العمود الأسفل بخلاف الميراث لأن البنوة عندهم أقوى تعصياً من الأبوة والاب أضعف تعصياً والاخوة وبنوهم أقعد عند مالك من الجد وعند الشافعي وأبي حنيفة الجد أقعد منهم * وسبب الخلاف من أقرب نسباً وأقوى تعصياً وليس يورث بالولاء جزء مفروض وإنما يورث تعصياً فإذا مات المولى الأسفل ولم يكن له ورثة أصلاً أو كان له ورثة لا يحيطون بالميراث كان عاصبه المولى الأعلى وكذلك يعصب المولى الأعلى كل من للمولى الأعلى عليه ولادة نسب أعني بناته وبنيه وبنى بنيه وفي هذا الباب مسألة مشهورة وهي إذا ماتت امرأة ولها ولاد وولد وعصبة لمن ينتقل الولاء فقالت طائفة لعصبتها لأنهم الذين يعتلون عنها والولاء للعصبة وهو قول علي بن أبي طالب وقال قوم لا ينها وهو قول عمر ابن الخطاب وعليه فقهاء الأمصار. وهو مخالف لأهل هذا السلف لأن ابن المرأة ليس من عصبتها ثم كتاب الفرائض والولاء والحمد لله حق حمده

﴿ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كِتَابُ الْعَتَقِ ﴾

والنظر في هذا الكتاب فممن يصح عتقه ومن لا يصح ومن يلزمه ومن لا يلزمه أعني بالشرع وفي الفاظ العتق وفي الإيمان به وفي أحكامه وفي الشروط الواقعة فيه ونحن فأنما نذكر من هذه الأبواب ما فيها من المسائل المشهورة التي تتعلق أكثرها بالمسموع. فاما من يصح عتقه فأنهم أجمعوا على أنه يصح عتق المالك التام المالك الصحيح الرشيد القوي الجسم الغني غير العديم واختافوا في عتق من أحاط الدين بماله وفي عتق المريض وحكه فاما من أحاط الدين بماله فإن العلماء اختلفوا في جواز عتقه فقال أكثر أهل المدينة مالك وغيره لا يجوز ذلك وبه قال الأوزاعي والليث وقال فقهاء العراق ذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم وذلك عند من يرى التحجير منهم وقد يتخرج عن مالك في ذلك الجواز قياساً على ما روى عنه في

الرهن أنه يجوز وإن احاط الدين بمال الراهن مالم يحجر عليه الخا كم وعمدة من منع عتقه
 أن ماله في تلك الحال مستحق للغرماء فليس له أن يخرج منه شيء بغير عوض وهي العلة التي بها
 يحجر الخا كم عليه التصرف والأحكام يجب أن توجد مع وجود عللها وتحجير الخا كم ليس
 بعلّة وإنما هو حكم واجب من موجبات العلة فلا اعتبار بوقوعه وعمدة الفرق الثاني أنه
 قد انعقد الإجماع على أن له أن يطأ جاريته ويحبّلها ولا يرد شيئاً مما اتفق من ماله على نفسه
 وعياله حتى يضرب الخا كم على يديه فوجب أن يكون حكم تصرفاته هذا الحكم وهذا هو
 قول الشافعي ولا خلاف عند الجميع أنه لا يجوز أن يعتق غير المحتلم مالم تكن وصية منه
 وكذلك الحجور ولا يجوز عند العلماء عتقه لشيء من ماله كمالكا أو كثر أصحابه فانهم
 أجازوا عتقه لأم ولده . وأما المريض فالجمهور على أن عتقه أن صح وقّع وإن مات كان من
 الثلث وقال أهل الظاهر هو مثل عتق الصحيح وعمدة الجمهور حديث عمران بن الحصين
 أن رجلاً اعتق ستة أعبد له الحديث على ما تقدم . وأما من يدخل عليهم العتق كرهاً فهم ثلاثة
 من بعض العتق وهذا متفق عليه في أحد قسميه وإثنان مختلف فيهما وهما من ملك من يعتق
 عليه ومن مثل بعده فاما من بعض العتق فإنه ينقسم قسمين ، أحدهما من وقع تبعية العتق
 منه وليس له من العبد إلا الجزء المعتق ، والثاني أن يكون يملك العبد كله ولكن بعض عتقه
 اختياراً أمنه فاما العبد بين الرجلين يعتق أحدهما حظه منه فإن الفقهاء اختلفوا في حكم ذلك
 فقال مالك والشافعي وأحمد بن حنبل أن كان المعتق موسراً أقوم عليه نصيب شريكه قيمة
 العبد فدفع ذلك إلى شريكه وعتق الكل عليه وكان ولاؤه له وإن كان المعتق معسراً لم يلزمه
 شيء وبقي المعتق بعضه عبداً وأحكامه أحكام العبد وقال أبو يوسف ومحمد إن كان معسراً
 سعى العبد في قيمته للسيد الذي لم يعتق حظه منه وهو حر يوم أعتق حظه منه الأول ويكون
 ولاؤه للأول وبه قال الأوزاعي وابن شبرمة وابن أبي ليلى وجماعة الكوفيين إلا أن ابن
 شبرمة وابن أبي ليلى جعلوا للعبد أن يرجع على المعتق بما سعى فيه متى أيسر وأما شريك
 المعتق فإن الجمهور على أن له الخيار في أن يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق وقال أبو حنيفة
 لشريك الموسر ثلاث خيارات ، أحدها أن يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولاء بينهما
 وهذا خلاف فيه بينهما ، والخيار الثاني أن تقوم عليه حصته ، والثالث أن يكلف العبد
 السعي في ذلك إن شاء ويكون الولاء بينهما للسيد المعتق عبده عنده إذا قوم عليه شريكه
 نصيبه إن يرجع على العبد فيسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق وعمدة مالك والشافعي

حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق وعمدة محمد وأبي يوسف صاحبي أبي حنيفة ومن يقول بقولهم حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من أعتق شقصاً له في عبد فخلاصه في ماله إن كان له مال فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه وكلا الحديثين خرجه أهل الصحيح البخاري ومسلم وغيرهما ولكل طائفة منهم قول في ترجيح حديثه الذي أخذه فيما وهنت به الكوفية حديث ابن عمر أن بعض رواته شك في الزيادة المعارضة فيه لحديث أبي هريرة وهو قوله والا فقد عتق منه ما عتق فهل هو من قوله عليه السلام أم من قول نافع وإن في الفاظه أيضاً بين رواته اضطراباً ومما هو به المالك كون حديث أبي هريرة أنه اختلف أصحاب قتادة فيه على قتادة في ذكر السعاية. وإمامن طريق المعنى فاعتمدت المالكية في ذلك على أنه إنما ألزم السيد التقويم إن كان له مال للضرر الذي أدخله على شريكه والعبد لم يدخل ضرراً فليس يلزمه شيء وعمدة الكوفيين من طريق المعنى أن الحرية حق مآثر عرى لا يجوز تبعضه فإذا كان الشريك المعتق مؤسراً عتق الكل عليه وإذا كان معسراً سعى العبد في قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخل على الشريك وليس فيه ضرر على العبد وربما أتوا بقياس شبهي وقالوا لما كان العتق بوجد منه في الشرع نوعان، نوع يقع بالاختيار وهو إعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب الله ونوع يقع بغير اختيار وهو أن يعتق على السيد من لا يجوز له بالشرعية ملكه وجب أن يكون العتق بالسعي كذلك فالذي بالاختيار منه هو الكتابة والذي هو داخل بغير اختيار هو السعي واختلف مالك والشافعي في أحد قوليه إذا كان المعتق مؤسراً هل يعتق عليه نصيب شريك بالحكم أو بالسراية أعني أنه يسرى وجوب عتقه عليه بنفس العتق فقالت الشافعية يعتق بالسراية وقالت المالكية بالحكم واحتجت المالكية بأنه لو كان واجبا بالسراية لشرى مع العدم والسر واحتجت الشافعية باللازم عن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام: قوم عليه قيمة العدل فقالوا بما يجب تقويمه فأنما يجب بعد إتيان فده فاذن بنفس العتق ألتف حظ صاحبه فوجب عليه تقويمه في وقت الاتلاف وإن لم يحكم عليه بذلك حاكم وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه لأنه قد نفذ العتق وهذا بين وقول أبي حنيفة في هذه المسئلة مخالف لظاهر الحديثين وقد روى فيها خلاف شاذ فقيـل عن ابن سيرين أنه جعل حصصة الشريك في بيت المال وقيل عن ربيعة فيمن أعتق نصيباً له في عبد أن العتق باطل وقال قوم لا يقوم

على المعسر الكل وينفذ العتق فممن أعتق وقال قوم بوجوب التقويم على المعتق وموسراً
أومعسراً ويتبعه شريكه وسقط العسر في بعض الروايات في حديث ابن عمر وهذا
كله خلاف الأحاديث ولعلمهم لم تبلغهم الأحاديث واختلف قول مالك من هذا في فرع
وهو إذا كان معسراً افتأخر الحكم عليه بالسقاط التقويم حتى أيسر فقيس يقوم وقيل لا يقوم
واتفق القائلون بهذه الآثار على أن من ملك باختياره شقة صاعاً يعتق عليه من عبده أنه يعتق عليه
الباقى إن كان موسراً إلا إذا ملكه بوجه لا اختيار له فيه وهو أن يملكه بميراث فقال قوم يعتق
عليه في حال اليسر وقال قوم لا يعتق عليه وقال قوم في حال اليسر بالسعاية وقال قوم لا * وإذا
ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضه فجمهور علماء الحجاز والعراق ومالك والشافعي والثوري
والاوزاعي وأحمد وابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف يقولون يعتق عليه كله وقال أبو
حنيفة وأهل الظاهر يعتق منه ذلك القدر الذي عتق ويسعى العبد في الباقي وهو قول طاوس
وحمد وعمدة استدلال الجمهور أنه لما ثبت السنة في إعتاق نصيب الغير على الغير حرمة العتق
كان أخرى أن يجب ذلك عليه في ملكه وعمدة أبي حنيفة أن سبب وجوب العتق على
المبعض للعتق هو الضرر الداخِل على شريكه فإذا كان ذلك كله ما كاله لم يكن هنالك ضرر *
فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة هذا الحكم حرمة العتق أعنى أن لا يقع فيه تبعض
أو مضرة الشريك واحتجت الحنفية بما رواه اسماعيل بن أمية عن أبيه عن جده أنه أعتق
نصف عبده فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه . ومن عمدة الجمهور ما رواه النسائي
وأبو داود عن أبي المليح عن أبيه أن رجلاً من هذيل أعتق شقة صاعاً من مملوك فتم النبي
عليه الصلاة والسلام عتقه وقال ليس للشريك وعلى هذا فقد نص على العلة التي تمسك بها
الجمهور وصارت عنهم أولى لأن العلة المنصوص عليها أولى من المستنبطة * فسبب اختلافهم
تعارض الآثار في هذا الباب وتعارض القياس * وأما الاعتاق الذي يكون بالمشقة فإن
العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والليث والاوزاعي من مثل بعده أعتق عليه وقال أبو حنيفة
والشافعي لا يعتق عليه وشذ الأوزاعي فقال من مثل بعده غيره أعتق عليه والجمهور على
أنه يضمن ما نقص من قيمة العبد فمالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمر وبن شعيب
عن أبيه عن جده أن زباعاً وجد غلاماً له مع جارية فقطع ذكره وجدع أنفه فأثنى النبي
صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ما حملك على ما فعلت
فقال فعل كذا وكذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب فأنت حر وعمدة الفريق

الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته عتقه قالوا فلم يلزم العتق في ذلك وإنما ندب اليه ولهم من طريق المعنى ان الاصل في التسرع هو انه لا يكره السيد على عتق عبده الا ما خصصه الدليل وأحاديث عمرو بن شعيب مختلف في حتمه فلم يبلغ من القوة ان يخصص بها مثل هذه القاعدة وأما هل يعتق على الانسان أحدا من قرابته وان عتق فمن يعتق فانهم اختلفوا في ذلك فجمهور العلماء على انه يعتق على الرجل بالقرابة الا داود وأصحابه فانهم لم يروا ان يعتق أحد على أحد من قبل قربي والذين قالوا بالعتق اختلفوا فبمن يعتق ممن لا يعتق بعد اتفاقهم على انه يعتق على الرجل أبوه وولده فقال مالك يعتق على الرجل ثلاثة ، أحدها أصوله وهم الاباء والجداد والجدات والامهات وآباؤهم وأمهاتهم وبالجملة كل من كان له على الانسان ولادة ، والثاني فروعه وهم الابناء والبنات وولداهم ما سفلوا وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات وبالجملة كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط أو بتوسط ذكرا أو أنثى ، والثالث الفرع المشاركة له في أصله القريب وهم الاخوة وسواء كانوا اباء وأولاد فقط أو لام فقط واقتصر من هذا العمود على القريب فقط فلم يوجب عتق بنى الاخوة . وأما الشافعي فقال مثل قول مالك في العمودين الاعلى والاسفل وخالفه في الاخوة فلم يوجب عتقهم . وأما أبو حنيفة فوجب عتق كل ذى رحم محرم بالنسب كالعم والعمة والخال والخالة وبنات الاح ومن أشبههم ممن هو من الانسان ذو محرم . وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافاً في مفهوم الحديث الثابت وهو قوله عليه السلام : لا يجزى ولد عن والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه خرجه مسلم والترمذي وأبو داود وغيرهم فقال الجمهور يفهم من هذا انه اذا اشتراه وجب عليه عتقه وان لم يشتره لم يوجب عتقه . وقالت الظاهرية المفهومة من الحديث انه ليس يجب عليه شرائه ولا عتقه اذا اشتراه قالوا لان اضافة عتقه اليه دليل على صحة ملكه له ولو كان ما قالوا صوابا لكان اللفظ الا ان يشتره فيعتق عليه وعمدة الحنفية ما رواه قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذارحم محرم فهو حر وكان هذا الحديث لم يصب عند مالك والشافعي وقاس مالك الاخوة على الابناء والاباء ولم يلحقهم بهم الشافعي واعتمد الحديث المتقدم فقط وقاس الابناء على الاباء وقد رامت المالكية أن تحتج لمذهبها بان البنوة صفة هي ضد العبودية وان لم يشترها لم يوجب عتقه تعالى (وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولداً أن كل من في السموات والارض الا آتى الرحمن عبداً) وهذه العبودية هي معنى غير العبودية التي يحتجون بها فان هذه عبودية معقولة وبنوة معقولة

والعبودية التي بين المخلوقين والمولايية هي عبودية بالشرع لا بالطبع أعني بالوضع لا مجال للعقل كما يتولون فيها عندهم وهو احتياج ضعيف وإنما أراد الله تعالى أن النبوة تساوي الأبوة في جنس الوجود أو في نوعه أعني أن الموجودين اللذين أحدهما أب والآخر ابن هما متتاران جداً حتى أنهما إما أن يكونا من نوع واحد أو من جنس واحد ومادون الله من الموجودات فليس يجمع معه سبحانه في جنس قريب ولا بعيد بل التفاوت بينهما غاية التفاوت فلم يصح أن يكون في الموجودات التي هاهنا شيء نسبته إليه نسبة الأب إلى الابن بل أن نسبة الموجودات إليه نسبة العبد إلى السيد أقرب إلى حقيقة الأمر من نسبة الابن إلى الأب لأن التباعد الذي بين السيد والعبد في المرتبة أشد من التباعد الذي بين الأب والابن وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين لكن لما لم يكن في الموجودات نسبة أشد تباعد من هذه النسبة أعني تباعد طرفيها في الشرف والخسة ضرب المثال بها أعني نسبة العبد للسيد ومن لحظ المحبة التي بين الأب والابن والرحمة والرأفة والشفقة أجاز أن يقول في الناس انهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى فهذه جملة المسائل المشهورة التي تتعلق بالعتق الذي يدخل على الإنسان بغير اختياره: وقد اختلفوا من أحكام العتق في مسألة مشهورة تتعلق بالسماح وذلك أن الفقهاء اختلفوا فيمن أعتق عبداً له في مرضه أو بعد موته ولا مال له غيرهم فقال مالك والشافعي وأصحابهما وأحمد وجماعة إذا أعتق في مرضه ولا مال له سواهم قسّموا ثلاثة أجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته وكذلك الحكم في الوصية بعتقهم وخالف أشهب وأصبغ مالكا في العتق المبطل في المرض فقالا جميعاً نعم القرعة في الوصية وأما حكم العتق المبطل فهو كحكم المدبر ولا خلاف في مذهب مالك أن المدبر ين في كلمة واحدة إذا ضاق عنهم الثلث أنه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث وقال أبو حنيفة وأصحابه في العتق المبطل إذا ضاق عنه الثلث أنه يعتق من كل واحد منهم ثلثه وقال الغير بل يعتق من الجميع ثلثه فتقوم من هؤلاء اعتبار واحد في ثلث الجميع القيمة وهو مذهب مالك والشافعي وقوم اعتبروا العدد فعند مالك إذا كانوا ستة أعبد مثلاً عتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل في ذلك اثنين منهم أو أقل أو أكثر وذلك أيضاً بالقرعة بعد أن يحجر وعلى القسمة أثلاثاً وقال قوم بل المعتبر العدد فإن كانوا ستة عتق منهم اثنين وإن كانوا مثلاً سبعة عتق منهم اثنين وثلث فعمدة أهل الحجاز مارواه أهل البصرة عن عمران بن الحصين أن رجلاً أعتق ستة مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة خرجه البخاري

ومسلم مسنداً وأرسله مالك وعمدة الحنفية ما جرت به عادتهم من رد الآثار التي تأتي بطرق الاتحاد إذا خالفتم الأصول الثابتة بالتواتر وعمدتهم أنه قد أوجب السيد لكل واحد منهم العتق تماماً فلو كان له مال لتفد باجماع فإذا لم يكن له مال وجب أن ينفذ لكل واحد منهم بقدر الثلث الج. نزع السيد فيه وهذا الأصل ليس يتأمن قواعد الشرع في هذا الموضع وذلك أنه يمكن أن يقال أنه إذا اعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعتقين وقد أزم الشرع ببعض العتق أن يتم عليه فالما لم يكن هاهنا أن يتم عليه جمع في أشخاص بأعيانهم لكن متى اعتبرت التهمة في ذلك دون العدد انضمت إلى هذا الأصل وهو تبعيض العتق فلذلك كان الأولى أن يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث وكان الجزء المعتق في كل واحد منهم هو حق لله فوجب أن يجمع في أشخاص بأعيانهم أصله حق الناس واختلفوا في مال العبد إذا اعتق لمن يكون فتالت طائفة المال للسيد وقالت طائفة ما لا تتبع له وبالأول قال ابن مسعود من الصحابة ومن الفقهاء أبو حنيفة والثوري وأحمد واسحق والثاني قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة والحجة لهم حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق عبداً فماله له إلا أن يشترط السيد ماله: وأما اللفظ العتق فإن مناصريها ومنها كناية عند أكثر فقهاء المصارع وأما اللفظ الصريح فله أن يقول أنت حر أو أنت عتيق وما تصرف من هذه فهذه اللفاظ تازم السيد باجماع من العلماء وأما الكناية فهي مثل قول السيد لعبد لا سبيل لي عليك أو لا ملك لي عليك فهذه ينوي فيها السيد العبد هل أراد به العتق أم لا عند الجمهور ومما اختلفوا فيه في هذا الباب إذا قال السيد لعبد يا بني أو لامته يا بني أو قال يا بني أو يا أمي فقال قوم وهم الجمهور لا يعتق يلزمه وقال أبو حنيفة يعتق عليه وشذز فر فقال لو قال السيد لعبد هذا ابني عتق عليه وإن كان العبد له عشر ون سنة وللسيد ثلاثون سنة ومن هذا الباب اختلافهم فيمن قال لعبد ما أنت إلا حر فقال قوم هو ثناء عليه وهم إلا أكثر وقال قوم هو حر وهو قول الحسن البصري ومن هذا الباب أيضاً من نادى عبداً من عبيده باسمه فاستجاب له عبداً آخر فقال له أنت حر وقال إنما أردت الأول فقبيل يعتان عليه جميعاً وقيل ينوي واتسقوا على أن من أعتق ماني بطن أمته فهو حر دون الأم واختلفوا فيمن أعتق أمه واستثنى ماني بطنها فتالت طائفة له استثنائه وقالت طائفة هما حران واختلفوا في سقوط العتق بالمشيئة فتالت طائفة لا استثناء فيه كالطلاق وبه قال مالك وقال قوم يؤثر فيه الاستثناء كقولهم في الطلاق أعني قول القائل لعبد ما أنت حر إن شاء الله وكذلك

ختلفوا في وقوع العتق بشرط الملك فقال مالك يقع وقال الشافعي وغيره لا يقع وحجتهم قوله عليه الصلاة والسلام: لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وحجة القرعة الثانية تشبيههم إياه باليمين والفاظ هذا الباب شبيهة بالفاظ الطلاق وشروطه كشرطه وكذلك الإيمان فيه شبيهة بإيمان الطلاق. وأما أحكامه فكثيرة منها أن الجبرور على أن البناء تابعون في العتق والعبودية للام وشد قوم فقالوا الآن يكون الاب عريباً ومنها اختلافهم في العتق إلى أجل فقال قوم ليس له أن يطاها ان كانت جارية ولا يبيع ولا يهب وبه قال مالك وقال قوم لدمع ذلك وبه قال الاوزاعي والشافعي واتفقوا على جواز اشتراط الخدمة على المعتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق واختلفوا فممن قال لعبده ان بعتك فانت حر فقال قوم لا يقع عليه العتق لانه اذا باعه لم يملك عتقه وقال قوم ان باعه يعتق عليه أعني من مال البائع اذا باعه وبه قال مالك والشافعي وبالاول قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري وفروع هذا الباب كثيرة وفي هذا كفاية .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

(كتاب الكتابة)

والنظر الكلى في الكتابة ينحصر في أركانها وشروطها وأحكامها: أما الأركان فتلاثة العقد وشروطه وصفته والعاقدة والمعقود عليه وصفاته ما ونحن نذكر المسائل المشهورة لأهل الأمصار في جنس جنس من هذه الأجناس .

(القول في مسائل العقد)

فمن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم في عقد الكتابة هل هو واجب أو مندوب إليه فقال فقهاء الأمصار إنه مندوب وقال أهل الظاهر هو واجب واحتجوا بظاهر قوله تعالى (فكتبوه) ان علمتم فيهم خيراً) والامر على الوجوب وأما الجمهور فأنهم لما رأوا أن الأصل هو أن لا يجبر أحد على عتق مملوك حملوا هذه الآية على التدبيل لتكون معارضة لهذا الأصل وأيضاً فإنه لم يمكن للعبد أن يحكم له على سيده بالبيع له وهو خروجه رقيقته عن ملكه بعوض

فاحرى ان لا يحكمه عليه بخروجه عن غير عرض هو مالكة وذلك ان كسب العبد هو للسيد
 وهذه انسيادة هي اقرب أن تكون من أحكام العقد من أن تكون من أركانه وهذا لا يعقد بالعقود
 هو أن يشتري العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد فركن هذا العقد الثمن والمثمن
 والاجل والالفاظ الدالة على هذا العقد ما الثمن فانهم اتفقوا على أنه يجوز اذا كان معلوما
 بالعلم الذي يشترط في البيع واختلفوا اذا كان في لفظه ابهام فقال أبو حنيفة ومالك يجوز
 أن يكتب عبده على جارية أو عبدا من غير أن يصتهما ويكون له الوسط من العبد وقال
 الشافعي لا يجوز حتى يصنفه في اعتبار في هذا طلب المغالبة شبهة بالبيع ومن رأى أن هذا
 العقد مقصوده المكارمة وعدم التشاح جوز فيه الفرانيسير كحال اختلافهم في الصداق
 ومالك يجيز بين العبد وسيده من جنس الربا ما لا يجوز بين الاجنبي والاجنبي من مثل بيع
 الطعام قبل قبضه وفسخ الدين في الدين وضع وتعمل ومنع ذلك الشافعي وأحمد وعن أبي حنيفة
 القولان جميعاً وعمدة من أجاز أنه ليس بين السيد وعبده بالانه وماله له وإنما الكتابة سنة
 على حدنها وأما الاجل فانهم اتفقوا على أنه يجوز أن تكون مؤجلة واختلفوا في هل يجوز
 حالة وذلك أيضاً بعد اتفاقهم على أنها تجوز حالة على مال موجود عند العبد وهي التي يسمونها
 قطاعة لكتابة وأما الكتابة فهي التي يشتري العبد فيها ماله وتقسه من سيده بمال يكتسبه
 فوضع الخلاف إنما هو هل يجوز أن يشتري نفسه من سيده بمال حال ليس بيده فقال
 الشافعي هذا الكلام لغو وليس يلزم السيد منه شيء وقال متأخروا أصحاب مالك قد لزمت
 الكتابة للسيد ويرفعه العبد الى الحاكم فينجم عليه المال بحسب حال العبد وعمدة المالكية
 أن السيد قد أوجب لعبده الكتابة لانه اشترط فيها شرطاً يتعدى البأفصح العقد وبطل
 الشرط وعمدة الشافعية أن الشرط القاسد يعود بطلان أصل العقد كمن باع جاريته واشترط
 أن لا يظأها وذلك انه اذا لم يكن له مال حاضر أدى الى عجزه وذلك ضد مقصود الكتابة وحاصل
 قول المالكية يرجع الى أن الكتابة من أركانها أن تكون متجمة وأنه اذا اشترط فيها ضد
 هذا الركن بطل الشرط وصح العقد واتفقوا على أنه اذا قال السيد لعبده قد كاتبك على ألف
 درهم فاذا أديتها فانت حرة اذا أداها حر واختلفوا اذا قال له قد كاتبك على ألف درهم
 وسكت هل يكون حراً دون ان يقول له فاذا أديتها فانت حرة فقال مالك وأبو حنيفة هو حر
 لان اسم الكتابة لفظ شرعي فهو يتضمن جميع أحكامه وقال قوم لا يكون حراً حتى يصرح
 بلفظ الاداء واختلف في ذلك قول الشافعي ومن هذا الباب اختلاف قول ابن التماس

ومالك فيمن قال لعبد ما انت حر وعليك الف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك يازمه وهو حر وقال ابن القاسم هو حر ولا يازمه واما ان قال انت حر على ان عليك الف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك هو حر والمال عليه كغريم من الغرماء وقيل العبد بالخيار فان اختار الحرية لزمه المال ونفذت الحرية والا بقي عبداً وقيل ان قبل كانت كتابة يعتق اذا ادى والقولان لابن القاسم وتجوز الكتابة عندما لك على عمل محدود وتجوز عنده الكتابة المطابقة ويردان الى كتابة مثله كالحال في النكاح وتجوز الكتابة عنده على قيمة العبد اعنى كتابة مثله في الزمان والنمن ومن هنا قيل انه تجوز عنده الكتابة الحالية واختلاف هل من شرط هذا العقدان يضع السيد من آخر انجم الكتابة شيئاً عن المكاتب لاختلافهم في مفهم وقوله تعالى (وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) وذلك ان بعضهم رأى ان السادة هم مخاطبون بهذه الآية ورأى بعضهم اهم جماعة المسامين بدو العون المكاتبين والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب او على الندب والذين قالوا بذلك اختلفوا في التقدير الواجب فقال بعضهم ما ينطلق عليه اسم شيء وبعضهم حذره واما المكاتب ففيه مسائل .

احداها هل تجوز كتابة المراهق وهل يجمع في الكتابة الواحدة اكثر من عبد واحد وهل تجوز كتابة من يملك في العبد بعضه بغير اذن شريكه وهل تجوز كتابة من لا يقدر على السعي وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق فأما كتابة المراهق القوي على السعي الذي لم يبلغ الحلم فاجازها ابو حنيفة ومنعها الشافعي واللبالغ وعن مالك القولان جميعاً فعمدة من اشترط البلوغ تشبيهها بسائر العقود وعمدة من لم يشترطه انه يجوز بين السيد وعبد ما لا يجوز بين الاجانب وان المقصود من ذلك انما هو القوة على السعي وذلك موجود في غير البالغ واما هل يجمع في الكتابة الواحدة اكثر من عبد واحد فان العلماء اختلفوا في ذلك ثم اذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملاء عن بعض بنفس الكتابة حتى لا يعتق واحد منهم الا يعتق جميعهم فيه ايضاً خلاف فاما هل يجوز الجمع فان الجمهور على جواز ذلك ومنعه قوم وهو احد قولي الشافعي وأما هل يكون بعضهم حملاء عن بعض فان فيه لمن اجاز الجمع ثلاثة اقوال فتاات طائفة ذلك واجب بمطابق عقد الكتابة اعنى حمالة بعضهم عن بعض وبه قال مالك وسفيان وقال آخرون لا يلزمه ذلك بمطابق العقد ويلزم بالشرط وبه قال ابو حنيفة واصحابه وقال الشافعي لا يجوز ذلك لا بالشرط ولا بمطابق العقد ويعتق كل واحد منهم اذا ادى قدر حصته فعمدة من منع الشركة ما في ذلك من الغرر لان قدر ما يلزم واحداً واحداً من ذلك

مجهول وعمدة من اجازته ان الضرر اليسير يستخف في الكتابة لانه بين السيد وعبد والعبد
 وماله اسيدوه واما مالك فحجته انه لما كانت الكتابة واحدة وجب ان يكون حكمهم كحكم
 الشخص الواحد وعمدة الشافعية ان حمالة بعضهم عن بعض لا فرق بينها وبين حمالة الاجنبيين
 فمن رأى أن حمالة الاجنبيين في الكتابة لا تجوز قال لا تجوز في هذا الموضع وانما منعوا حمالة
 الكتابة لانه اذا عجز المكاتب لم يكن للحميل شيء يرجع عليه وهذا كانه ليس يظهر في حمالة
 العبيد بعضهم عن بعض وانما الذي يظهر في ذلك ان هذا الشرط هو سبب لان يعجز من يقدر
 على السعي بعجز من لا يقدر عليه فهو غرر خاص بالكتابة الا ان يقال أيضاً ان الجمع يكون سبباً
 لان يخرج حرّاً من لا يقدر من نفسه ان يسعى حتى يخرج حرّاً فهو كما يعود برق من يقدر على
 السعي كذلك يعود بحرية من لا يقدر على السعي واما أبو حنيفة فشمها بحمالة الاجنبي مع
 الاجنبي في الحقوق التي تجوز فيها الحمالة فالزمها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط وهو مع هذا أيضاً
 لا يميز حمالة الكتابة واما العبد بين الشريكين فان العلماء اختلفوا هل لاحدهما أن يكتب نصيبه
 دون اذن صاحبه فقال بعضهم ليس له ذلك والكتابة مفسوخة وما قبض منها هي بينهم على
 قدر حصصهم وقالت طائفة تجوز أن يكتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه
 وفرقت فرقة فقالت يجوز باذن شريكه ولا يجوز بغير اذن شريكه وبالقول الاول قال مالك
 والثاني قال ابن أبي ليلى وأحمد والثالث قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قولي له قول آخر مثل
 قول مالك وعمدة مالك انه لو جاز ذلك لادى الى ان يعتق العبد كله بالتقويم على الذي كاتب
 حظه منه وذلك لا يجوز الا في تبعض العتق ومن رأى أن له أن يكتبه رأى ان عليه ان يتم عتقه
 اذا أدى الكتابة اذا كان موسراً فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج باصل لا يوافقه عليه الخصم
 لكن ليس يمنع من صحة الاصل أن لا يوافقه عليه الخصم واما اشتراط الاذن فضعيف وأبو
 حنيفة يرى في كيفية أداء المال للمكاتب اذا كانت الكتابة عن اذن شريكه ان كل ما أدى
 للشريك الذي كاتبه يأخذ منه الشريك الثاني نصيبه ويرجع بالباقي على العبد فيسعى له فيه حتى
 يتم له ما كان كاتبه عليه وهذا فيه بعد عن الاصول واما هل تجوز مكاتبة من لا يقدر على السعي
 فلا خلاف فيما أعلم بينهم ان من شرط المكاتب أن يكون قويا على السعي لقوله تعالى (ان علمتم
 فيهم خيراً) وقد اختلف العلماء ما الخير الذي اشترطه الله في المكاتبين في قوله ان علمتم فيهم
 خيراً فقال الشافعي الاكتساب والامانة وقال بعضهم المال والامانة وقال آخرون الصلاح
 والدين وأنكر بعض العلماء أن يكتب من لا حرفة له مخافة السؤال وأجاز ذلك بعضهم

لحديث بريرة أنها كتبت على أن تسأل الناس وكروم مالك أن تكتب الأمة التي لا كتاب لها بصناعة مخافة أن يكون ذلك ذريعة إلى الزنا وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق الأم الولد اذ ليس له عند مالك أن يستخدمها

« (القول في المكاتب) »

وأما المكاتب فاتفقوا على أن من شرطه أن يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم واختلفوا هل للمكاتب أن يكتب عبده أم لا وسيأتي هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لا يجوز ولم يجز مالك أن يكتب العبد المأذون له في التجارة لأن الكتابة عتق ولا يجوز له أن يعتق وكذلك لا يجوز كتابة من أحاط الدين بماله إلا أن يجز الغرماء ذلك إذا كان في ثمن كتابته أن يبعث مثل ثمن رقبته وأما كتابة المريض فانها عنده في الثلث توقف حتى يصح فتجوز أو يموت فتكون من الثلث كاعتق سواء وقد قيل إن حابي كان كذلك وإن لم يجز سعى فإن أدى وهو في المرض عتق وتجوز عنده كتابة النصراني المسلم ويباع عليه كما يباع عليه العبد المسلم عنده فهذه هي مشهورات المسائل التي تتعلق بالركن أعني المكاتب والمكاتب والكتابة وأما الأحكام فكثيرة وكذلك الشروط التي تجوز فيها من التي لا تجوز ويشبهه أن تكون أجناس الأحكام الأولى في هذا العقد هو أن يقال متى يعتق المكاتب ومتى يعجز فيرق وكيف حاله إن مات قبل أن يعتق أو يرق ومن يدخل معه في حال الكتابة ممن لا يدخل وتميز ما بقي عليه من حجر الرق بمالم يبق عليه فلنبدأ بذكر مسائل الأحكام المشهورة التي في جنس جنس من هذه الأجناس الخمسة .

* (الجنس الأول) *

فأما متى يخرج من الرق فانهم اتفقوا على أنه يخرج من الرق إذا أدى جميع الكتابة واختلفوا إذا عجز عن البعض وقد أدى البعض فقال الجمهور هو عبده ما بقي عليه من كتابته شيء وأنه يرق إذا عجز عن البعض وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذي عليه الجمهور أقوال أربعة ، أحدها أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة ، والثاني أنه يعتق منه بقدر ما أدى ، والثالث أنه يعتق أن أدى النصف فأكثر ، والرابع أن أدى الثلث والافهو عبده وعمدة الجمهور ماخرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم

قال إمام عبد كاتب على مائة أوقية فاداهما الا عشرة أوقية فهو عبد وإمام عبد كاتب على مائة دينار فاداهما الا عشرة فهو عبد وعمدة من رأى أنه يعتق بنفس عقد الكتابة تشييمه إياها بالبيع فكأن المكاتب اشترى نفسه من سيده فان عجز لم يكن له الا أن يتبعه بالمال كما لو افلس من اشتراه منه الى أجل وقدمات وعمدة من رأى أنه يعتق منه بقدر ما أدى مارواه يحيى بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال يؤدى المكاتب بقدر ما أدى دية حر وبقدر ما راق منه دية عبد خرجه النسائي والخلاف فيه من قبل عكرمة كما ان الخلاف في احاديث عمرو بن شعيب من قبل انه روى من حيفة وهذا القول قال على اعنى بحديث ابن عباس وروى عن عمر بن الخطاب انه اذا أدى الشطر عتق وكان ابن مسعود يقول اذا أدى الثلث واقوال الصحابة وان لم تكن حجة فالظاهر ان التقدير اذا صدر منهم انه محمول على ان في ذلك سنة بلغتهم وفي المسئلة قول خامس اذا أدى الثلاثة الارباع عتق وبقي غريما في باقي المال وقد قيل ان أدى القيمة فهو غريم وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت والاشهر عن عمر وام سلمة هو مثل قول الجمهور وقول هؤلاء هو الذى اعتمدته فقهاء الامصار وذلك انه صحت الرواية في ذلك عنهم صحة لا شك فيها روى ذلك مالك في موطئه وايضا فهو احوط لاموال السادات ولان في المبيعات يرجع في عين المبيع له اذا افلس المشتري .

* (الجنس الثانى) *

وامامتى برق فانهم اتفقوا على انه انما يرق اذا عجز اما عن البعض واما عن الكل بحسب ما قدمنا اختلاف فهم ، واختلفوا هل للعبد ان يعجز نفسه اذا شاء من غير سبب ام ليس له ذلك الا بسبب فقال الشافعى الكتابة عقد لازم في حق العبد وهى في حق السيد غير لازمة وقال مالك وابو حنيفة الكتابة عقد لازم من الطرفين اى بين العبد والسيد وتحصيل مذهب مالك في ذلك ان العبد والسيد لا يخلو ان يتفقا على التعجز او يختلفا ثم اذا اختلفا فاما ان يريد السيد التعجز ويأباه العبد او بالعكس اعنى ان يريد به السيد البقاء على الكتابة ويريد العبد التعجز واما اذا اتفقا على التعجز فلا يخلو الا من قسمين ، احدهما ان يكون دخل في الكتابة ولد أولا يكون فان كان دخل ولد في الكتابة فلا خلاف عنده انه لا يجوز التعجز وان لم يكن له ولد ففي ذلك روايتان ، أحدهما انه لا يجوز اذا كان له مال وبه قال ابو حنيفة والاخرى انه يجوز له ذلك فأما ان طالب العبد التعجز وابى السيد لم يكن ذلك للعبد ان كان معه مال او كانت له قوة على

السعي واما ان اراد السيد التعجيز و اباد العبد فانه لا يعجزه عنده الا بحكم حاكم وذلك بعد ان
يثبت السيد عند الحاكم انه لا مال له ولا قدرة على الاداء ونرجع الى عمدا لتبهم في اصل
الخلافا في المسئلة فعمدة الشافعي ما روى ان بريرة جاءت الى عائشة تقول لها اني اريد ان
تشتريني وتعطيني فقال لها ان اراد اهلك فجاءت اهلها فباعوها وهي مكاتبه خرج به البخاري
وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقود اللازمة ولان حكم العبد في هذا المعنى يجب ان يكون
كحكم السيد وذلك ان العقود من شأنها ان يكون للزوم فيها او الخيار مستويا في الطرفين واما
ان يكون لازما من طرف وغير لازم من الطرف الثاني فنخرج عن الاصول وعلاوا
حديث بريرة بان الذي باع اهلها كانت كتابتها لارقبتها والحنفية تقول لما كان المقلب في
الكتابة حق العبد وجب ان يكون العقد لازما في حق الآخر المقلب عليه وهو السيد أصله
النكاح لانه غير لازم في حق الزوج لمكان الطلاق الذي بيده وهو لازم في حق الزوجة
والمالكية تعترض هذا بان تقول انه عقد لازم فياوقع به العوض اذ كان ليس له ان
يسترجع الصداق

* الجنس الثالث *

وأما حكمه اذا مات قبل ان يؤدي الكتابة فاتفقوا على انه اذا مات دون ولد قبل ان يؤدي من
الكتابة شيئا انه يرق واختلفوا اذا مات عن ولد فقال مالك حكم ولده كحكمه فان ترك ما لافيه
وفاء للكتابة أدوه وعتقوا وان لم يترك ما لا وكانت لهم قوة على السعي بقوا على نجوم أبيهم حتى
يعجزوا أو يعتقوا وان لم يكن عندهم لا مال ولا قدرة على السعي رفقوا وانه ان فضل عن
الكتابة شيء من ماله ورثوه على حكم ميراث الاحرار وانه ليس يرثه الا ولده الذين هم في
الكتابة معه دون سواهم من وارثيه ان كان له وارث غير الولد الذي معه في الكتابة وقال أبو
حنيفة انه يرثه بعد أداء كتابته من المال الذي ترك جميع أولاده الذين كاتب عليهم أو ولدوا
في الكتابة وأولاده الاحرار وسائر ورثته وقال الشافعي لا يرثه بنوه الاحرار ولا الذين
كاتب عليهم أو ولدوا في الكتابة وماله للسيدة وعلى أولاده الذين كاتب عليهم ان يسعوا
من الكتابة في مقدار حظوظهم منها وتسقط حصصة الاب عنهم وبسقوط حصصة الاب عنهم
قال أبو حنيفة وسائر الكوفيين والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم تعتبر القيمة وهو قول الشافعي
وقيل بالثمن وقيل حصته على مقدار الرأس وانما قال هؤلاء بسقوط حصصة الاب عن

الابناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا له في الكتابة لان من ولد له اولاد في الكتابة فهم تبع لا يهيم وعمدة مالك ان المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حملاء عن بعض ولذلك من عتق منهم أو مات لم تسقط حصته عن الباقي وعمدة الفريق الثاني ان الكتابة لا تضمن وروى مالك عن عبد الملك بن مروان في موطنه مثل قول الكوفيين * وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب فعند مالك انه يموت مكاتباً وعند أبي حنيفة انه يموت حراً وعند الشافعي انه يموت عبد أو على هذه الاصول بنوا الحكم فيه فعمد الشافعية ان العبودية والحرية ليس بينهما وسط واذامات المكاتب فليس حر أبعد لان حرته انما تجب بأداء كتابته وهو لم يؤديها بعد فقد بقي انه مات عبد الا انه لا يصح ان يعتق الميت وعمدة الحنفية ان العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذي كاتب عليه لا نه ليس له ان يرق نفسه والحرية يجب ان تكون حاصلة لا بوجود المال لا بدفعه الى السيد وأما مالك فجعل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهي الكتابة فمن حيث لم يورث أولاده الا حراً منه جعل له حكم العبيد ومن حيث لم يورث سيده مال له حكم له بحكم الاحرار والمسئلة في حد الاجتهاد ومما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم في أم ولد المكاتب اذامات المكاتب وترك بنين لا يدرن على السعي واراوت الام ان تسعى عليهم فقال مالك لها ذلك وقال الشافعي والكوفيون ليس لها ذلك وعمدتهم ان ام الولد اذامات المكاتب مال من مال السيد وأما مالك فيرى ان حرمة الكتابة التي لسيدها صائرة اليها والى بناتها ولم يختلف قول مالك ان المكاتب اذا ترك بنين صغاراً لا يستطيعون السعي وترك أم ولده لا يستطيع السعي انها تابع ويؤدي منها باقي الكتابة وعند أبي يوسف ومحمد بن الحسن انه لا يجوز بيع المكاتب لام ولده ويجوز عند أبي حنيفة والشافعي واختلف أصحاب مالك في أم ولد المكاتب اذامات المكاتب وترك بنين ووفاء كتابته هل تعتق أم ولده أم لا فقال ابن القاسم اذا كان معها ولد عتقت والارقت وقال أشهب يعتق على كل حال وعلى أصل الشافعي كل ماترك المكاتب مال من مال سيده لا ينتفع به البنون في أداء ما عليهم من كتابته كانوا معه في عقد الكتابة أو كانوا ولدوا في الكتابة وانما عليهم السعي وعلى أصل أبي حنيفة يكون حر أو لا بدومذهب ابن القاسم كانه استحسن .

* (الجنس الرابع) *

وهو النظر فيمن يدخل معه في عقد الكتابة ومن لا يدخل واتفقوا من هذا الباب على ان ولد المكاتب لا يدخل في كتابة المكاتب الا بالشرط لانه عبد آخر لسيده وكذلك اتفقوا على

دخول ما ولد له في الكتابة فيها واختلعه في أم الولد على ما تقدم وكذلك اختلعه في دخول ماله أيضاً بطاق العقد فقال مالك يدخل ماله في الكتابة وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يدخل وقال الأوزاعي يدخل بالشرط أعني إذا اشترطه المكاتب وهذه المسئلة مبينة على هل يملك أم لا يملك وعلى هل يتبعه ماله في العتق أم لا وقد تقدم ذلك

*(الجنس الخامس):

وهو النظر فيما يحجر فيه على المكاتب مما لا يحجر وما بقي من أحكام العبد فيه فنقول انه قد أجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب ان يهب من ماله شيئاً لا قدر ولا يعتق ولا يتصدق بغير اذن سيده فانه يحجر رعايه في هذه الامور وأشباهاها أعني انه ليس له ان يخرج من يده شيئاً من غير عوض واختلعه وامن هذا الباب في فروع منها انه اذا لم يعلم السيد بهيبته أو بعتقه الا بعد أداء كتابته فقال مالك وجماعة من العلماء ان ذلك نافذ ومنعه بعضهم وعمدة من منعه ان ذلك وقع في حالة لا يجوز وقوعه فيها فكان فاسداً وعمدة من أجازها ان السبب المانع من ذلك قد ارتفع وهو مخافة ان يعجز العبد * وسبب اختلافهم هل اذن السيد من شرط لزوم العقد أو من شرط صحته فن قال من شرط الصحة لم يحزه وان عتق ومن قال من شرط لزومه قال يجوز اذا عتق لانه وقع عقد أصحياً فلما ارتفع الاذن المرتقب فيه صح العقد كما لو اذن هذا كله عند من أجاز عتقه اذا اذن السيد فان الناس اختلفوا أيضاً في ذلك بعد اتفاقهم على انه لا يجوز عتقه اذا لم ياذن السيد فقال قوم ذلك جائز وقال قوم لا يجوز وبه قال أبو حنيفة والجواز قال مالك وعن الشافعي في ذلك القولان جميعاً والذين أجازوا ذلك اختلفوا في ولا المعتق لمن يكون فقال مالك ان مات المكاتب قبل ان يعتق كان ولا عبده لسيده وان مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤده وقال قوم من هو لاءل ولاؤده على كل حال لسيده وعمدة من لم يحز عتق المكاتب ان الولاة يكون للمعتق لقوله عليه السلام انما الولاة ان أعتق ولا لاءل للمكاتب في حين كتابته فلم يصح عتقه وعمدة من رأى ان الولاة للسيدان عبد عبده بمنزلة عبده ومن فرق بين ذلك فهو استحسن ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان ينكح أو يسافر بغير اذن سيده فقال جمهورهم ليس له ان ينكح الا باذن سيده وابع بعضهم النكاح له وما السفر فباحه لجمهورهم ومنعه بعضهم وبه قال مالك وابعه سحنون من اصحاب مالك ولم يحز للسيدان يشترطه على المكاتب وابعه ابن القاسم في السفر

القریب والعلة فی منع النکاح انه یخاف ان یكون ذلك ذریعة الى عجزه والعلة فی جواز السفر ان به یتقوى علی التکسب فی أداء کتابته وبالجملة فلاملأ فی هذه المسئلة ثلاثة أقوال، احدها ان للمکاتب ان یسافر باذن سیده وبغیر اذنه ولا یجوز ان یشرط علیه ان لا یسافر وبه قال أبو حنیفة والشافعی والقول الثانی انه یسافر الا باذن سیده وبه قال مالک والثالث ان یطلق عقد الکتابه له ان یسافر الا ان یشرط علیه سیده ان لا یسافر وبه قال أحمد والثوری وغیرهما ومن هذا الباب اختلافهم فی هل للمکاتب ان یکتاب عبداً له فاجاز ذلك مالک ما لم یرده الحاباة وبه قال أبو حنیفة والثوری والشافعی قولان، احدهما اثبات الکتابه، والاخر ابطالها وعمدة الجماعة انها عقدمعوضة المقصود منه طلب الریح فأنشبهه سائر العقود المباحة من البیع والشراء وعمدة الشافعية ان الولا علین أعتق ولا لاء للمکاتب لانه یسبح تجر واتفقوا علی أنه لا یجوز للسید ان یراع شیء من ماله ولا الا یتفاد منه بشیء واختلفوا فی وطء السید امته المکاتبه فصار الجهور الی منع ذلك وقال احمد وادوسعید بن المسیب من التابعین ذلك جائز اذا اشترطه علیها وعمدة الجمهور انه وطء تقع العرقه فیها الی اجل آت فأنشبهه النکاح الی اجل وعمدة الریق الثانی تشبیهها بالمذبة واجمعوا علی انها ان عجزت حل وطؤها واختلاف الذین منعوا ذلك ادا وطئها هل علیه حدام لا فقال جمهورهم لا حد علیه لانه وطء شبهة وقال بعضهم علیه الحد واختلفوا فی ایجاب الصداق لها والعلما فیما أعلم علی انه فی احکامه الشرعیة علی حکم العبد مثل الطلاق والشهادة والحد وغیر ذلك مما یختص به العبد ومن هذا الباب اختلافهم فی بیعه فقال الجمهور لا یباع المکاتب الا بشرط ان یتقی علی کتابته عند مشتریه وقال بعضهم بیعه جائز ما لم یؤد شیاً من کتابته لان بریره بیعت ولم تکن أدت من کتابتها شیاً وقال بعضهم اذ رضی المکاتب بالبیع جاز وهو قول الشافعی لان الکتابه عنده لیست بعقد لازم فی حق العبد واحتج بحديث بریره اذ بیعت وهی مکاتبه وعمدة من لم یجوز بیع المکاتب ما فی ذلك من نقض العهد وقد امر الله تعالی بالوفاء به وهذه المسئلة مبنیة علی هل الکتابه عقد لازم ام لا وكذلك اختلفوا فی بیع الکتابه فقال الشافعی وأبو حنیفة لا یجوز ذلك واجازها مالک ورأى الشفعة فیها للمکاتب ومن اجاز ذلك شبه بیعها ببیع الدین ومن لم یجوز ذلك رآه من باب الغرر وكذلك شبه مالک الشفعة فیها بالشفعة فی الدین وفی ذلك أثر عن النبی صلی الله علیه وسلم : اعنی فی الشفعة فی الدین ومذهب مالک فی بیع الکتابه انها ان كانت بذهب انها تجوز بعرض معجل لا مؤجل لما یدخل فی ذلك من الدین بالدین وان

كانت الكتابة بعرض كان شراؤها بذهب او فضة معجلين ر ب عرض س واذا اعتق
قولاؤه للمكاتب لا للمشتري ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيد ان يحير عبده على
الكتابة أم لا .

واما شروط الكتابة فمنها شرعية هي من شروط صحة العقد وقد تقدمت عند ذكر اركان
الكتابة ومنها شروط بحسب التراضي وهذه الشروط منها ما يفسد العقد ومنها ما اذا تمسك بها
افسد العقد واذا تركت صح العقد ومنها شروط جائزة غير لازمة ومنها شروط جائزة لازمة
وهذه كلها هي مبسوطه في كتب الفروع وليس كتابنا هذا كتاب فروع وانما هو كتاب
اصول والشروط التي تفسد العقد بالجملة هي الشروط التي هي ضد شروط الصحة المشروعة في
العقد والشروط الجائزة هي التي لا تؤدي الى اخلال بالشروط المصححة للعقد ولا تلازمها
فهذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها وانما يختلفون في الشروط لاختلاف فهم فيها هو منها شرط من
شروط الصحة او ليس منها وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من اخلالها بشروط الصحة
ولذلك جعل مالك جنسا للثامن الشروط وهي الشروط التي ان تمسك بها المشتري فسد العقد
وان لم يتمسك بها اجاز وهذا ينبغي ان تفهمه في سائر العقود الشرعية في مسائلهم المشهورة في هذا
الباب اذا اشترط في الكتابة شرط من خدمة او سفر او نحوه وقوى على اداء نجومه قبل محل
أجل الكتابة هل يعتق ام لا فقال مالك وجماعة ذلك الشرط باطل ويعتق اذا ادى جميع
المال وقالت طائفة لا يعتق حتى يؤدي جميع المال ويأتي بذلك الشرط وهو مروي عن
عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه اعتق رقيق الامارة وشرط عليهم ان يخدموا الخليفة بعد
ثلاث سنين ولم يختلفوا ان العبد اذا أعتقه سيده على ان يخدمه سنين انه لا يتم عتقه الا بخدمته
تلك السنين ولذلك القياس قول من قال ان الشرط لازم فهذه المسائل الواقعة المشهورة في
اصول هذا الكتاب وهذه مسائل تذكر في هذا الكتاب وهي من كتب اخر وذلك انها
اذا ذكرت في هذا الكتاب ذكرت على انها فروع تابعة للاصول فيه واذا ذكرت في غيره
ذكرت على انها اصول ولذلك كان الاولى ذكرها في هذا الكتاب فن ذلك اختلافهم اذا
زوج السيد بنته من مكاتبه ثم مات السيد وورثته البنت فقال مالك والشافعي يفسخ النكاح
لانها ملكت جزءا آمنه ومالك عين المرأة محرم عليها باجماع وقال ابو حنيفة يصح النكاح لان
الذي ورثت انما هو مال في ذمة المكاتب لا رقبة المكاتب وهذه المسئلة هي أحق بكتاب
النكاح ومن هذا الباب اختلافهم اذا مات المكاتب وعليه دين وبعض الكتابة هل

يخاص سيده الغرماء لا قتال الجمهور ولا يحاحس الغرماء وقال شريح وابن أبي ليلى وجماعة
 يضرب السيد مع الغرماء وكذلك اختلفوا اذا اقلس وعليه دين يغترق ما يدهل يتعمدى
 ذلك الى رقبته قتال مالك والشافعي وابو حنيفة لا سبيل لهم الى رقبته وقال الثوري واحد
 يأخذونه الا ان يشترك السيد واثنتوا على انه اذا عجز عن عقل الجنايات انه يسلم فيها الا ان يعقل
 عنه سيده والقول في هل يخاص سيده الغرماء ولا يخاص هو من كتاب التتليس والقول في
 جنائيه وهو من باب الجنايات ومن مسائل القضية التي هي فروع في هذا الباب واصل في
 باب القضية اختلافهم في الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب في مال الكتابة قتال مالك
 وابو حنيفة القول قول المكاتب وقال الشافعي ومحمد وابو يوسف يتحالفان ويتناسخان
 قياساً على المتبايعين وفروع هذا الباب كثيرة لكن الذي حضر منها الآن في الذكرو
 ما ذكرناه ومن وقعت له من هذا الباب مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الامصار وهي
 قريبة من المسموع فينبغي ان تثبت في هذا الموضع اذ كان القصد انما هو اثبات المسائل
 المشهورة التي وقع الخلاف فيها بين فقهاء الامصار مع المسائل المنطوق بها في الشرع وذلك ان
 قصدنا في هذا الكتاب كما قلنا غير ما مر انما هو ان تثبت المسائل المنطوق بها في الشرع المتفق
 عليها والمختلف فيها وبذلك من المسائل المسكوت عنها التي شهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار
 فان معرفة هذين الصنفين من المسائل هي التي تجرى للمجتهد مجرى الاصول في المسكوت
 عنها وفي النوازل التي لم يشهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد
 منهم او لم ينقل ويشبه ان يكون من تدرب في هذه المسائل وفهم أصول الاسباب التي اوجبت
 خلاف الفقهاء فيها ان يقول ما يجب في نازلة نازلة من النوازل اعني ان يكون الجواب فيها على
 مذهب فقيه فقيه من فقهاء الامصار اعني في المسئلة الواحدة بعينها ويعلم حيث خالف ذلك
 الفقيه أصله وحيث لم يخالف وذلك اذا نقل عنه في ذلك فتوى فاما اذا لم ينقل عنه في ذلك
 فتوى او لم يبلغ ذلك الناظر في هذه الاصول فيمكنه ان يأتي بالجواب بحسب اصول الفقيه
 الذي يشق على مذهبه وبحسب الحق الذي يؤديه اليه اجتهاده ونحو روم ان شاء الله بعد
 فراغنا من هذا الكتاب أن نضع في مذهب مالك كتابا جامعاً لأصول مذهبه ومسائله
 المشهورة التي تجرى في مذهبه مجرى الاصول للتفريع عليها وهذا هو الذي عمله ابن القاسم
 في المدونة فانه جاب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده في ذلك الجنس من
 مسائل مالك التي هي فيها جارية مجرى الاصول لما جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد في

الاحكام والتتوى بيدان فى قوة هذا الكتاب ان يبلغ به الانسان كما قلنا رتبة الاجتهاد اذا
تقدم فعلم من اللغة والعربية وعلم من اصول الفقه ما يكفيه فى ذلك ولذلك رأينا ان اخص
الاسماء بهذا الكتاب ان نسميه كتاب « بداية المجتهد وكفاية المقتصد » .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

(كتاب التدبير)

والنظر فى التدبير فى اركانه وفى احكامه . اما الاركان فهى اربعة المعنى واللفظ والمدبر والمدبر
وأما الاحكام فصنفان احكام العمد واحكام المدبر .

﴿ الركن الاول ﴾

فتقول اجمع المسلمون على جواز التدبير وهو ان يقول السيد لعبده انت حر عن دبرمنى او
يطلق فيقول انت مدبر وهذا انهما عندم لفظا التدبير باتفاق والناس فى التدبير والوصية على
صنتين منهم من لم يفرق بينهما ومنهم من فرق بين التدبير والوصية بان جعل التدبير لازما
والوصية غير لازمة والدين فرقوا بينهما اختلفوا فى مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن
معنى الوصية او حكم التدبير اعنى اذا قال انت حر بعد موتى فقال مالك اذا قال وهو صحيح انت
حر بعد موتى فالظاهر انه وصية والقول قوله فى ذلك وبحوز رجوعه فيها الا ان يريد التدبير
وقال ابو حنيفة الظاهر من هذا القول التدبير وليس له ان يرجع فيه ويقول مالك قال ابن القاسم
ويقول أبى حنيفة قال اشهب قال الا ان يكون هناك قرينة تدل على الوصية مثل ان يكون على
سفر او يكون مريضاً وما اشبه ذلك من الاحوال التى جرت العادة ان يكتب الناس فيها
وصاياهم فعلى قول من لا يفرق بين الوصية والتدبير وهو الشافعى ومن قال بقوله هذا اللفظ
هو من الفاظ صريح التدبير . واما على مذهب من يفرق فهو اما من كنايات التدبير واما ليس
من كناياته ولا من صريحه وذلك ان من يحمله على الوصية فليس هو عنده لا من كناياته ولا
من صريحه ومن يحمله على التدبير وينويه فى الوصية فهو عنده من كناياته . وأما المدبر فانهم
اتفقوا على ان الذى يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتق على سيده سواء
مالك كله أو بعضه واختلفوا فى حكم من ملك بعضا فدبر فقال مالك يحوز ذلك وللذى لم يدبر

(وأما الجنس الثاني)

فأشهر مسئلة فيه هي دل للمدبر ان يبيع المدبر ام لا فقال مالك وابو حنيفة وجماعة من اهل الكوفة ليس للسيد ان يبيع مدبره وقال الشافعي واحمد واهل الظاهر وابو ثور له ان يرجع في بيع مدبره وقال الاوزاعي لا يباع الا من رجل يريد عتقه واختلف ابو حنيفة ومالك من هذه المسئلة في فروع وهو اذا بيع فاعتقه المشتري فقال مالك ينفذ العتق وقال ابو حنيفة والكوفيون البيع منسوخ سواء اعتقه المشتري او لم يعتقه وهو اقيس من جهة انه ممنوع عبادة فعمدة من اجاز بيعه ما ثبت من حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم باع مدبراً ور بما شبهه وبه بالوصية . واما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » لانه عتق الى اجل فاشبهه ام الولد واشبهه العتق المطلق فكان سبب الاختلاف ههنا ما رضية القياس للنص او العموم للخصوص ولا خلاف بينهم ان المدبر احكامه في حدود وطا لاقه وشهادته وسائر احكامه احكام العبيد واختلفوا من هذا الباب في جواز وطء المدبرة فجهزها العلماء على جواز وطئها وروى عن ابن شهاب منع ذلك وعن الاوزاعي كراهية ذلك اذا لم يكن وطئها قبل التدبير وعمدة الجمهور تشبيهها بام الولد ومن لم يحز ذلك شبهها بالمعتقة الى اجل ومن منع وطء المعتقة الى اجل شبهها بالمتكوحة الى اجل وهي المتعة وانفسقوا على ان للسيد في المدبر الخدمة وليس له ان ينزع ماله منه متى شاء كالخال في العبد قال مالك الا ان يمرض مرضاً يخوف فيكره له ذلك .

(الجنس الثالث)

فأما ما يتبعه في التدبير مما لا يتبعه فان من مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في ولد المدبرة الذين تلدهم بعد تدبير سيدها من نكاح او زنا فقال الجمهور ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون بعتهما ويرقون برقها وقال الشافعي في قوله المختار عند اصحابه انهم لا يعتقون بعتهما واجمعوا على انه اذا اعتقها سيدها في حياته انهم يعتقون بعتهما وعمدة الشافعية انهم اذا لم يعتقوا في العتق المنجز فأحرى ان لا يعتقوا في العتق المؤجل بالشرط واحتج ايضاً باجماعهم على ان الموصى لها بالعتق لا يدخل فيه بنوها والجمهور رأوا ان التدبير حرمة فأوجبوا اتباع الولد تشبيهاً بالكتابة وقول الجمهور مروي عن عثمان وابن مسعود وابن عمر وقول الشافعي مروي عن عمر بن عبد العزيز وعطاء بن أبي رباح ومكحول وتحصيل مذهب مالك في هذا ان كل

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

(كتاب أمهات الأولاد)

واصول هذا الباب النظر في هل تباع أم الولد أم لا وإن كانت لا تباع ففي تكون أم ولد وماذا تكون أم ولد ولا يبقى فيها السيدا من أحكام العبودية ومتى تكون حرة .

المسئلة الاولى : فان العلماء اختلفوا فيها سلمتهم وخلفهم قالنا بت عن عمر رضى الله عنه انه قضى بأنها لا تباع وانها حرة من رأس مال سيدها اذا مات وروى مثل ذلك عن عثمان وهو قول اكثر التابعين وجمهور فقهاء الامصار وكان ابو بكر الصديق وعلى رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وابو سعيد الخدرى يجيزون بيع أم الولد وبه قالت الظاهرية من فقهاء الامصار وقال جابر وابو سعيد كنا نبيع أمهات الأولاد والنبي عليه الصلاة والسلام فينا لا يرى بذلك بأسا واحتجوا بما روى عن جابر انه قال كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى بكر وصدر من خلافة عمر ثم نهاها عمر عن بيعهن ومما اعتمد عليه أهل الظاهر في هذه المسئلة النوع من الاستدلال الذى يعرف باستصحاب حال الاجماع وذلك انهم قالوا لما انعقد الاجماع على انها مملوكة قبل الولادة وجب ان تكون كذلك بعد الولادة الى أن يدل الدليل على غير ذلك وقد تبين فى كتب الاصول قوة هذا الاستدلال وانه لا يصح عند من يقول بالقياس وانما يكون ذلك دليلا بحسب رأى من ينكر القياس وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم وهو الذى يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى وذلك انهم يقولون أليس تعرفون ان الاجماع قد انعقد على منع بيعها فى حال حملها فاذا كان ذلك وجب أن يستصحب حال هذا الاجماع بعد وضع الحمل الا ان المتأخرين من اهل الظاهر احدثوا فى هذا الاصل نقضا وذلك انهم لا يسمون منع بيعها حاملا ومما اعتمدوا الجمهور فى هذا الباب من الاثر ما روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال فى مارية سريته لما ولدت ابراهيم : اعتقها ولدها ومن ذلك حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : ايمامرة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات وكلا الحديثين لا يثبت عند اهل الحديث حكى ذلك ابو عمر بن عبد البر رحمه الله وهو من اهل هذا الشأن وربما قالوا ايضا من طريق المعنى انها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها او كونه بعضها منها وحكا هذا التعليل عن عمر رضى الله عنه حين رأى ان لا يبعن فقال خالطت لحومنا

لخومين ودمائونا دماءهن وامامتي تكون ام ولد فانهم اتفقوا على انها تكون ام ولد اذا ملكها قبل حملها منه واختلفوا اذا ملكها وهي حامل منه او بعد ان ولدت منه فقال مالك لا تكون ام ولد اذا ولدت منه قبل ان يملكها ثم ملكها او ولدها وقال ابو حنيفة تكون ام ولد واختلف قول مالك اذا ملكها وهي حامل والقياس ان تكون ام ولد في جميع الاحوال اذ كان ليس من مكارم الاخلاق ان يبيع المرء ام ولده وقد قال عليه الصلاة والسلام : بعثت لائمتهم مكارم الاخلاق . واما بما اذا تكون ام ولد فان مالك قال كل ما وضعت مما يعلم انه ولد كانت مضغة او علقة وقال الشافعي لا بد ان يؤثر في ذلك شيء مثل الحلقة والتخطيط واختلافهم راجع الى ما ينطلق عليه اسم الولادة او ما يتحقق انه مولود . واما ما يبق فيهما من احكام العبودية فانهم اتفقوا على انها في شهادتها وحدودها وديتها وأرش جراحها كالامة وجمهور من منع بيعها ليس بر ون ههنا سببا طارئا عليها يوجب بيعها الا ما روى عن عمر بن الخطاب انها اذا زنت رقت واختلف قول مالك والشافعي هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلاله اياها فقال مالك ليس له ذلك وانما له فيها الوطء فقط وقال الشافعي له ذلك وعمدة مالك انه لما ملك رقبتها بالبيع لم يملك استجارتها الا انه يرى ان اجارة بنهما من غيره جائزة لان حرمتهم عنده اضعف وعمدة الشافعي انعقاد الاجماع على انه يجوز له ووطؤها . فسبب الخلاف تردد اجارتها بين اصليين احدهما ووطؤها والثاني بيعها فيجب ان يرجح اقوى الاصلين شيها . وامامتي تكون حرة فانه لا خلاف بينهم ان آن ذلك الوقت هو اذ مات السيد . ولا أعلم الا ان أحداً قال تعتق من الثلث وقياسها على المدبر ضعيف على قول من يقول ان المدبر يعتق من الثلث

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

﴿كتاب الجنایات﴾

والجنایات التي لها حدود ومشروعة اربع جنایات على الابدان والنفوس والاعضاء وهو المسمى قتلًا وجرحًا وجنات على القروج وهو المسمى زنا وسفاحا وجنایات على الاموال وهذه ما كان منها مأخوذاً بحرب سمي حرابة اذا كان بغير تأويل وان كان بتأويل سمي بغيا ومأخوذاً على وجه المغا فصة من حرز يسمى سرقة وما كان منها بعلم مرتبة وقوة سلطان سمي

غصبا وجنات على الاعراض وهو المسمى قذفا وجنات بالتعدى على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب وهذه انما يوجد فيها حد في هذه الشريعة في الخمر فتط وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه فلنبتدى منها باخذود التي في الدماء فنقول ان الواجب في اتلاف النفوس والجوارح هو إماما قصاص وإماما وهو الذى يسمى الدية فاذا النظر اولا في هذا الكتاب ينقسم الى قسمين النظر فى القصاص والنظر فى الدية والنظر فى القصاص ينقسم الى القصاص فى النفوس والى القصاص فى الجوارح والنظر ايضا فى الديات ينقسم الى النظر فى ديات النفوس والى النظر فى ديات قطع الجوارح والجراح فينقسم اولا هذا الكتاب الى كتابين اولهما يرسم عليه كتاب القصاص والثانى يرسم عليه كتاب الديات .

كتاب القصاص

وهذا الكتاب ينقسم الى قسمين الاول النظر فى القصاص فى النفوس والثانى النظر فى القصاص فى الجوارح فلنبتدى من القصاص فى النفوس .

(كتاب القصاص فى النفوس)

والنظر اولا فى هذا الكتاب ينقسم الى قسمين الى النظر فى الموجب اعنى الموجب للقصاص والى النظر فى الواجب اعنى القصاص وفى ابداله ان كان له بدل فلنبتدى اولا بالنظر فى الموجب والنظر فى الموجب يرجع الى النظر فى صفة القتل والقاتل الذى يجب بمجموعها والمقتول القصاص فانه ليس أى قاتل اتفق يقتص منه ولا باى قتل اتفق ولا من أى مقتول اتفق بل من قاتل محدود وبقتل محدود ومقتول محدود اذا كان المطلوب فى هذا الباب انما هو العدل فلنبتدى من النظر فى القاتل ثم فى القتل ثم فى المقتول .

(القول فى شروط القاتل)

فنقول انهم اتفقوا على أن القاتل الذى يقاد منه يشترط فيه بانفاق أن يكون عاقلا بالغاً مختاراً للقتل مباشراً غير مشارك له فيه غيره واختلفوا فى المسكوه والمسكوه بالجملة الا تمر والمباشر فقال مالك والشافعى والثورى وأحمد وأبو ثور وجماعة القتل على المباشر دون الا تمر ويعاقب

ألا أمر وقالت طائفة يقتلان جميعاً وهذا إذا لم يكن هنالك إكراه ولا سلطان للأمر على الأمور
 وأما إذا كان الأمر سلطاناً على الأمور أعني المباشرة فاتهمم اختلافوا في ذلك على ثلاثة أقوال
 فتال قوم يقتل الأمر دون الأمور ويعاقب الأمور وبه قال داود وأبو حنيفة وهو أحد قولي
 الشافعي وقال قوم يقتل الأمر دون الأمر وهو أحد قولي الشافعي وقال قوم يقتلان جميعاً وبه
 قال مالك فمن لم يوجب حداً على الأمور اعتبر تأثير الإكراه في استنطاق كثير من الواجبات
 في الشرع لكون المكره بشبه من لا اختيار له ومن رأى عليه القتل غلب عليه حكم الاختيار
 وذلك أن المكره يشبه من جهة المختار ويشبه من جهة المضطر المغلوب مثل الذي يستقط من
 علو والذي تحمله الریح من موضع إلى موضع ومن رأى قتلهم جميعاً لم يعذر الأمور بالإكراه
 ولا الأمر بعدم المباشرة ومن رأى قتل الأمر فقط شبه الأمور بالألّة التي لا تنطق ومن
 رأى الحد على غير المباشرة اعتمده أنه ليس ينطلق عليه اسم قاتل إلا بالاستعارة وقد اعتمدت
 المالكية في قتل المكره على القتل بالنيل بإجماعهم على أنه لو أشرف على الهلاك من شخصمة لم
 يكن له أن يقتل إنساناً فياً كله وأما المشارك للقاتل عمد في القتل فقد يكون القتل عمداً وخطأً
 وقد يكون القاتل مكفأ وغير مكف وسند كراهة العمد عند قتل الجاعة بالواحد وأما إذا اشترك
 في القتل عامد ومخطئ أو مكف وغير مكف مثل عامد وصبي أو مجنون أو حر وعبد في قتل
 عبد عنده من لا يقيد من الحر بالعبد فإن العلماء اختلفوا في ذلك فتال مالك والشافعي على العامد
 القصاص وعلى المخطئ والصبي نصف الدية إلا أن مالكاً يجعله على العاقلة والشافعي في ماله
 على ما يأتي وكذلك قال في الحر والعبد يقتلان العبد عمداً أن العبد يقتل وعلى الحر نصف
 القيمة وكذلك الحال في المسلم والذي يقتلان جميعاً وقال أبو حنيفة إذا اشترك من يجب
 عليه القصاص مع من لا يجب عليه القصاص فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية
 وعمدة الحنفية أن هذه شبهة فإن القتل لا يتبع بعض ويمكن أن تكون إقاعة نفسه من فعل الذي
 لا قصاص عليه كما كان ذلك ممن عليه القصاص وقد قال عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود
 بالشبهات وإذا لم يكن الدم وجب بدله وهو الدية وعمدة الفريق الثاني النظر إلى المصلحة التي
 تقتضي التغليظ لحوطه الدماء فكان كل واحد منهما انفراداً بالقتل فلا حكم نفسه وفيه ضعف
 في القياس وأما صفة الذي يجب به القصاص فاتفقوا على أنه العمد وذلك أنهم أجمعوا على أن
 القتل صنفان عمد وخطأ واختلوا في هل بينهما وسط أم لا وهو الذي يعمونه شبهة العمد
 فتال به جمهور فقهاء الأمصار والمشهور عن مالك تقيده إلا في الابن مع أبيه وقد قيل أنه يتخرج

عنه في ذلك روايه أخرى وبأبائه قال عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وزيد بن ثابت وأبو موسى الاشعري والمغيرة ولا مخالف لهم من الصحابة والذين قالوا به قالوا فيه هو شبه العمد مما ليس بعمد وذلك راجع في الاغلب الى الآلات التي بها يقع القتل والى الاحوال التي كان من أجلها الضرب فقال أبو حنيفة كل ما عدا الحديد من القصب أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد وقال أبو يوسف ومحمد شبه العمد ما لا يقتل مثله وقال الشافعي شبه العمد ما كان عمداً في الضرب خطأ في القتل أي ما كان ضرراً لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعاً والعمد ما كان عمداً فيهما جميعاً وهو حسن فعمدة من نفى شبه العمدانه لا واسطة بين الخطأ والعمد أعني بين أن يقصد القتل أولاً يقصده وعمدة من أثبت الوسط ان النيات لا يطلع عليها الا الله تبارك وتعالى وإنما الحكم بما ظهر فمن قصد ضرب آخر بآلة تقتل غالباً كان حكمه كحكم الغائب أعني حكم من قصد القتل فقتل بآلة خلاف ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالباً كان حكمه متردداً بين العمد والخطأ هذا في حتمنا لا في حق الآمر في نفسه عند الله تعالى أما شبهه للعمد من جهة ما قصد ضربه وأما شبهه للخطأ فمن جهة أنه ضرب بما لا يقصد به القتل وقد روى حديث مرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: الا ان قتل الخطأ شبه العمد ما كان بالوسط والعصا والحجر دية مغلظة مائة من الابل منها أربعون في بطونها وأولادها الا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الاسناد فيؤكد أنه أبو عمر بن عبد البر وان كان أبو داود وغيره قد خرجه فهذا النحوم القتل عندهم لا يثبت به القصاص وعند من أثبتة تجب به الدية ولا خلاف في مذهب مالك ان الضرب يكون على وجه الغضب والناثرة يجب به القصاص واختلف في الذي يكون عمداً على جهة اللعب أو على جهة الادب لمن أيسر له الادب . وأما الشرط الذي يجب به القصاص في المقتول فهو أن يكون مكافئاً لدم القاتل والذي به تختلف النفوس هو الاسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية والانوثية والواحد والكثير واتفقوا على ان المقتول اذا كان مكافئاً للقاتل في هذه الاربعه انه يجب القصاص واختلفوا في هذه الاربعه اذا لم تجتمع أما الحر اذا قتل العبد عمد أفان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي والليث وأحمد وأبو ثور لا يقتل الحر بالعبد وقال أبو حنيفة وأصحابه يقتل الحر بالعبد الا عبد نفسه وقال قوم يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل أو عبد غير القاتل وبه قال النخعي فمن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى « كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد » ومن قال يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه

انصار ذوالسلام: المسلمون تشككوا فيهم ويسمى بدمهم اذ انهم وهم يد على من سواهم
 فسبب الخلاف معارضة الموم بدليل الخطاب ومن فرق قضيته ولا يستدل بهم ان
 العبد يقتل بالحر وكذلك لا تنقص بالا على ومن الحجة ايضا لمن قال يقتل الحر بالعبد ما رواه
 الحسن عن سدة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من قتل عبدا قتلنا بدنه من ضر ابي المعنى قتلوا
 وما كان قتله محرما كقتل الحر وجب أن يكون التخصيص فيه كالتخصيص في الحر. وأما قتل
 المؤمن بالكافر الذي اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم لا يقتل مؤمن بكافر
 ومن قال به الشافعي والثوري وأحمد وداود وجماعة وقال قريش يقتل به ومن قال بذلك أبو حنيفة
 وأصحابه وابن أبي ليلى وقال مالك والليث لا يقتل به الا ان يقتله غيلة وقتل الغيلة أن يضجعه
 فيذبحه وبخاصة على ماله فعند التريق الأول ما روى من حديث على أنه سأله قيس بن
 عباد والاشترحل عبد اليد رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا بما يعبد الى الناس قال لا الا
 ما في كتابي هذا وأخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمن تشككوا فيهم ويسمى
 بدمهم اذ انهم وهم يد على من سواهم ألا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده من أحدث
 حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين خروجه أبو داود وروى أيضا
 عن عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يقتل مؤمن بكافر
 واحتجوا في ذلك بجماعتهم على أنه لا يقتل مسلم بالحر بي الذي أمن وأما أصحاب أبي حنيفة
 فاعتمدوا في ذلك آثارا منها حديث يرويه ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلماني
 قال قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من أهل القبلة برجل من أهل الذمة وقال أما
 أحق من وفي بعينه ورووا ذلك عن عمر قرا وهذا مختص لعوم قوله عليه الصلاة والسلام
 لا يقتل مؤمن بكافر أي انه اريد بالكافر الحر بي دون الكافر المعاهد وضعف أهل الحديث
 حديث عبد الرحمن السلماني وما رواه من ذلك عن عمر واما من طريق التياس فانهم اعقدوا
 على اجماع المسلمين في ان بد المسلم تقطع ادا سرق من مال الذي قتلوا فاذا كانت حرمة ماله
 كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه فسبب الخلاف تعارض الآثار والتياس واما
 قتل الجماعة با واحد فان جمهور فقهاء الامصار قالوا تقتل الجماعة با واحد منهم مالك وابو
 حنيفة والشافعي والثوري وأحمد وابو ثور وغيرهم سواء كثرت الجماعة او قلت وبه قال
 عمر حتى روى انه قال لو تمالا عليه اهل صنعاء لقتلهم جميعا وقال داود واهل القادر لا تقتل
 الجماعة با واحد وهو قول ابن الزبير وبه قال الزهري وروى عن جابر وكذلك عند هذه

ما ذكره حصل هذا الحديث على أنه لم يكن عمداً مختصاً وأثبت منه شبهة لعدم قيام بين الابن والاب . وأما الجمهور فممنوع على ظاهره من أنه عمداً لاجتماعهم ان من حذفت آخر بسيم فتتلا فهو عمداً . وأما مالك ف رأى لالاب من التسلط على تأديب ابنه ومن اغبطه له ان حسن القتل المسمى يكون في أمثل هذه الاحوال على أنه ليس بعمداً ولم يتهمة ان كان ليس قتل غيراً فاما يعمل فعلة على انه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة ان كانت النيات لا يطلع عليها الا الله تعالى فمالك لم يثبتهم الاب حيث اتهم الاجنبي لقوة الخبة التي بين الاب والابن والجمهور رائدوا على الوداء الخد عن الاب لمكان حقه على الابن والدي يجبي على اصول أهن الظاهر أن يقاد بهذا القول في الموجب

وأما القول في الموجب ٢ فافتقروا على ان لولى الدم أحد شيئين القصاص أو العفو اما على الدية واما على غير الدية واختلنا واهل الانتقال من القصاص الى العفو على أخذ الدية هو حق واجب لولى الدم دون أن يكون في ذلك خيار للمقتص منه أم لا ثبت الدية الا بتراضي الثريتين أعني الولي والقاتل وانه اذا لم يرد المقتص منه أن يؤدي الدية لم يكن لولى الدم الا القصاص مطلقاً أو العفو فقال مالك لا يجب للولي الا أن يقتص أو يعفو عن غير دية الا أن يرضى المقتص منه باعطاء الدية القاتل وهي رواية ابن القاسم عنه وبه قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وجماعة وقال الشافعي وأحمد وأبو نوري وداود وكثير فقهاء المدينة من أصحاب مالك وغيره ولى الدم بالخيار ان شاء اقتص وان شاء أخذ الدية رضى القاتل أو لم يرض وروى ذلك أشهب عن مالك الا أن المشهور عنه هي الرواية الاولى فعمدت مالك في الرواية المشهورة حديث أنس بن مالك في قصة سن الربيع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كتاب الله القصاص فعلم بدليل الخطاب أنه ليس له الا القصاص وعمدة الثريين الثاني حديث أبي هريرة الثقات من قتل لدقتيل فو بخير النظرين بين أن يأخذ الدية وبين أن يعفوهما حديثان متفق على صحتها لكن الاول ضعيف الدلالة في انه ليس له الا القصاص والثاني نص في إزالة الخيار والجمع بينهما يمكن اذا رفع دليل الخطاب من ذلك فان كان الجمع واجباً وممكناً فالمصير الى الحديث الثاني واجب والجمهور على أن الجمع واجب اذا أمكن وانه أولى من الترجيح وأيضاً فان الله عز وجل يقول (ولا تقتلوا أنفسكم) واذا عرض على المكف فداء نفسه بمال فواجب عليه أن يفديها أصله اذا وجد الطعام في منخضة بقيمة مثله وعندده ما يشتره أعني انه يقتضى عليه بشرائه فكيف بشرائه نفسه ويلزم على هذه الرواية اذا كان

للمقتول أولياء صغار وكبار أن يؤخر القتل إلى أن يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ولا سيما إذا كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الأخوة قال القاضى وقد كانت وقعت هذه المسئلة بترطبة حياة جدى رحمه الله فأتى أهل زمانه بالرأية المشهورة وهو أن لا ينتظر الصغير فأفتى هو رحمه الله بانتظاره على القياس فشنع أهل زمانه ذلك عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطرا أن يضع فى ذلك قولاً ينتصر فيه لهذا المذهب وهو موجود بأيدى الناس والنظر فى هذا الباب هو فى قسمين فى العفو والقصاص والنظر فى العفو فى شيئين أحدهما فمين له العفو ممن ليس له وترتيب أهل الدم فى ذلك وهل يكون له العفو على الدية أم لا وقد تكلمنا فى هل له العفو على الدية وأما من لهم العفو بالجملة فهم الذين لهم القيام بالدم والذين لهم القيام بالدم هم العصبة عند مالك وعند غيره كل من يرث وذلك أنهم أجمعوا على أن المقتول عمداً إذا كان له بنون بالعموم فعفا أحدهم أن القصاص قد بطل ووجب الدية واختلفوا فى اختلاف البنات مع البنين فى العفو أو فى القصاص وكذلك الزوجة أو الزوج والأخوات فقال مالك ليس للبنات ولا الأخوات قول مع البنين والأخوة فى القصاص أو ضده ولا يعتبر قولهن مع الرجال وكذلك الأمر فى الزوجة والزوج وقال أبو حنيفة والثوري وأحمد والشافعى كل وارث يعتبر قوله فى إسقاط القصاص وفى إسقاط حظه من الدية وفى الأخذ به قال الشافعى الأغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء وعمدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية وعمدة الفريق الأول أن الولاية إنما هى للذكور أن دون الإناث واختلف العلماء فى المقتول عمداً إذا عفا عن دمه قبل أن يموت هل ذلك جائز على الأولياء وكذلك فى المقتول خطأ إذا عفا عن الدية فقال قوم إذا عفا المقتول عن دمه فى العمد مضى ذلك ومن قال بذلك مالك وأبو حنيفة والأوزاعي وهذا أحد قولى الشافعى وقالت طائفة أخرى لا يلزم عفوهم وللأولياء القصاص أو العفو ومن قال به أبو ثور وداود وهو قول الشافعى بالعراق وعمدة هذه الطائفة أن الله خير الولي فى ثلاث إما العفو وإما القصاص وإما الدية وذلك عام فى كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت أو لم يعف وعمدة الجمهور أن الشئ الذى جعل للولي إنما هو حق المقتول فناب فيه منابه وأقيم مقامه فكان المقتول أحق بالخيار من الذى أقيم مقامه بعد موته وقد أجمع العلماء على أن قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له أن المراد بالتصدق ها هنا هو المقتول يتصدق بدمه وإنما اختلفوا على من يعود الضمير فى قوله فهو كفارة له فتقبل على القاتل لمن رأى له توبة وقيل على المقتول من ذنبه وخطيئته وأما اختلافهم

في عفواً المتطول خطأ عن الدية فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة وجمهور فقهاء الامة
من ذلك في ثلثه الا أن يحيزه الورثة وقال قوم يجوز في جميع ماله ومن قال به طاور
وعمدة الجمهورانه واهب ماله له بعد موته فلم يحز الا في الثالث أصله الوصية وعمدة
انه اذا كان له أن يعفو عن الدم فمـ وأخرى أن يعفو عن المال وهذه المسئلة
بكتاب الديات واختلف العلماء اذا عفا المجرع عن الجراحات فوات منها
أن يطالبوا بدمه أم لا فقال مالك لهم ذلك الا أن يقول عفوت عن الجراحات
اليه وقال أبو يوسف ومحمد اذا عفا عن الجراحة ومات فلاحق لهم والعفو عن الج
عن الدم وقال قوم بل تلزمهم الدية اذا عفا عن الجراحات مطلقاً وهؤلاء اختلفوا
تلزم الجراح الدية كلها واختاره المزني من أقوال الشافعي ومنهم من قال يلزم من
منها بعد اسقاط دية الجرح الذي عفا عنه وهو قول الثوري وأما من يرى أنه لا
فليس يتصور معه خلاف في أنه لا يسقط ذلك طلب الولي الدية لانه اذا كان
لا يسقط حق الولي فأخرى أن لا يسقط عفوه عن الجرح * واختلفوا في القاتل
عنه هل يبقى للسلطان فيه حق أم لا فقال مالك والليث انه يجزئ مائة ويسجن
أهل المدينة وروى ذلك عن عمر وقالت طائفة الشافعي وأحمد واسحاق وأبه
عليه ذلك وقال أبو ثور الا ان يكون يعرف بالشرف فيؤدبه الامام على قدر ما يرى
للطائفة الاولى الا أن تضعيف وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع وأن
لا يكون الا بتوقيف ولا بتوقيف ثابت في ذلك .

*(القول في القصاص) *

والنظر في القصاص هو في صفة القصاص ومن يكون ومقتى يكون فاماصفة
النفوس فان العلماء اختلفوا في ذلك فمنهم من قال يقتص من القاتل على الصفة التي
تعزى قاتل تعزى قاتل بضرب بحجر قتل بمثل ذلك وبه قال مالك والشافعي
يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له أروح واختلف أصحاب مالك فبين حرة
يحرق مع موافقهم لمالك في احتذاء صورة القتل وكذلك فبين قتل بالسهم وقا
وأصحابه باى وجه قتله لم يقتل الا بالسيف وعمدتهم ما روى الحسن عن النبي
وسلم انه قال لا قود الا بحديدة وعمدة الفريق الاول حديث أنس أن يهوديا

اسرأة بحجر فرضخ النبي صلى الله عليه وسلم رأسه بحجر أو قال بين حجرين وقوله (كتب عليكم القصاص في القتلى) والقصاص يقتضى المماثلة وأما من يكون القصاص فالظاهر انه يكون من ولى الدم وقد قيل انه لا يمكن منه مكان العداوة مخافة أن يجور فيه وأما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته والاعذار الى القاتل في ذلك ان لم يكن مقراً واختلوا هـل من شرط القصاص أن لا يكون الموضع الحرم وأجمعوا على أن الحامل اذا قتلت عمداً أنه لا يقاد منها حتى تضع حملها كمل كتاب القصاص في النفس واختلوا في القاتل باسم والجمهور على وجوب القصاص وقال بعض أهل الظاهر لا يقتض منه من أجل انه عليه السلام سم هو وأصحابه فلم يتعرض لمن سمه

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً

(كتاب الجراح) *

والجراح صنفان منها ما فيه القصاص أو الدية أو العفو ومنها ما فيه الدية أو العفو ولنبداً بما فيه القصاص والنظر أيضاً ههنا في شروط الجراح والجرح الذي به يحق القصاص والجروح وفي الحكم الواجب الذي هو القصاص وفي بدله ان كان له بدل

(القول في الجراح) *

ويشترط في الجراح ان يكون مكفراً كما يشترط ذلك في القاتل وهو ان يكون بالغاً عاقلاً والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بالاخلاق وان كان الخلاف في متداره فاقصاه ثمانية عشر سنة وأقله خمسة عشر سنة وبه قال الشافعي ولا خلاف أن الواحد اذا قطع عضو انسان واحد اقتص منه اذا كان ممافيه القصاص واختلوا اذا قطعت جماعة عضواً واحداً فقال أهل الظاهر لا تقطع يدان في يد وقال مالك والشافعي تقطع الايدي باليد الواحدة كما تقتل عندم النفس بالنفس الواحدة وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا لا تقطع أعضاء بعضهم وتقتل أنفسهم وعندم ان الاطراف تتبع بعض وازهاق النفس لا يتبع بعض واختلف في الانبات فقال الشافعي هو بلوغ باطلاق واختلف المذهب فيه في الحدود هل هو بلوغ فيها أم لا والاصل في هذا كله حديث بنى قريظة انه صلى الله عليه وسلم قتل منهم

من أنبت وجرت عليه المواسي كما أن الأصل في السن حديث ابن عمر أنه عرضه يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أحد وهو ابن خمسة عشر سنة .

« (القول في الجروح) »

وأما الجروح فانه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئاً لدم الجراح والذي يؤثر في التكافؤ العبودية والكفر أما العبد والجراح فانهما يختلفان في وقوع القصاص بينهما في الجرح كاختلافهما في النفس فمنهم من رأى أنه لا يقتص من الحر للعبد يقتص من العبد كالحال في النفس ومنهم من رأى أنه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ولم يهرق بين الجرح والنفس ومنهم من فرق فقال يقتص من الأعلى للادنى في النفس والجرح ومنهم من قال يقتص من النفس دون الجرح وعن مالك الروابن والصواب كما يقتص من النفس ان يقتص من الجرح فهذه هي حال العبيد مع الأحرار وأما حال العبيد بعضهم مع بعض فإن للعلماء فيهم ثلاثة أقوال ، أحدها أن القصاص بينهم في النفس ومادونها وهو قول الشافعي وجماعة وهو مروى عن عمر بن الخطاب وهو قول مالك ، والقول الثاني أنه لا قصاص بينهم لا في النفس ولا في الجرح وإمامهم كالبهايم وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة : والثالث أن القصاص بينهم في النفس دون مادونها وبه قال أبو حنيفة والثوري وروى ذلك عن ابن مسعود وعمدة الفريق الأول قوله تعالى (والعبد بالعبد) وعمدة الحنفية ما روى عن عمران بن الحصين أن عبداً لقوم فقراء قطع أذن عبد لقوم أغنياء فاتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه فهذا هو حكم النفس .

« (القول في الحرح) »

وأما الحرح فانه يشترط فيه أن يكون على وجه العمد أعنى الجرح الذي يجب فيه القصاص والجرح لا يخلو أن يكون يتلف جارحة من جوارح الحروح أو لا يتلف فإن كان مما يتلف جارحة فالعمد فيه هو أن يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالباً وأما أن جرحه على وجه اللعب أو بما لا يجرح به غالباً أو على وجه اللادب فيشبه أن يكون فيه الخلاف الذي يقع في القتل الذي يتولد عن الضرب في اللعب والادب بما لا يقتل غالباً فإن أبا حنيفة يعتبر إلا^٣ لنحى يقول أن القاتل بالثقل لا يقتل وهو شذوذ منه أعنى بالخلاف هل فيه القصاص أو اللدية إن كان الجرح مما فيه اللدية وأما إن كان الجرح قد أتلف جارحة من

جوارح الجرح وح فن شرط القصاص فيه العمد أيضاً بخلاف وفي تمييز العمد منه من غير العمد خلاف أما اذا ضرب به على العضو نفسه فقتطعه وضربه بالآلة تقطع العضو غالباً أو ضربه على وجه النائرة فلا خلاف ان فيه القصاص وأما ان ضربه ببطمة أو سوط أو ما أشبه ذلك مما يظهر منه انه لم يقصد اتلاف العضو مثل ان يلطمه فيفقد عينه فالذي عليه الجمهور رآه شبه العمد ولا قصاص فيه وفيه الدية مغالطة في ماله وهجر رواية العراقيين عن مالك والمشهور في المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص الا في الاب مع ابنه وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد الى أن شبه العمد انما هو في النفس لا في الجرح وأما ان جرحه فالتف عضواً على وجه اللعب فقيه قولان ، أحدهما وجوب القصاص ، والثاني نفيه وما يجب على هذين القولين فقيه القولان قيل الدية مغالطة وقيل دية الخطأ أعني فيما فيه دية وكذلك اذا كان على وجه الادب فقيه الخلاف . وأما ما يجب في جراح العمد اذا وقعت على الشرط التي ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى (والجرح قصاص) وذلك فيما أمكن القصاص فيه منها وفيما وجد منه محل القصاص ولم ينخش منه تلف النفس وانما صار والهذا ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القود في المأمومة والمنقلة والجائفة فرأى مالك ومن قال بقوله ان هذا حكم ما كان في معنى هذه من الجراح التي هي متالف مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والتخذ وما أشبه ذلك وقد اختلف قول مالك في المنقلة فمرة قال بالقتصاص ومرة قال بالدية وكذلك الامر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوي في القصاص مثل الاقتصاص من ذهاب بعض النظر أو بعض السمع ويمنع القصاص أيضاً عند مالك عدم المثل مثل ان يفقد أعشى عين بصير واختلفوا من هذا في الاعور يفتأ عين الصحيح عمداً فقال الجمهور ان أحب الصحيح ان يستقيد منه فله القود واختلفوا اذا عمناع القود فقال قوم ان أحب فله الدية كاملة ألف دينار وهو مذهب مالك وقيل ليس له الا نصف الدية وبه قال الشافعي وهو أيضاً منقول عن مالك وبقول الشافعي قال ابن القاسم والبقول الآخر قال المغيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذي فقئت عينه الا القود أو ما اصطلاح عليه وقد قيل لا يستقيد من الاعور وعليه الدية كاملة روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان وعمدة صاحب هذا القول ان عين الاعور بمنزلة عينين فنفتاه في واحدة فكانه اقتص من اثنين في واحدة والى نحو هذا ذهب من رأى أنه اذا ترك القود ان له دية كاملة ويلزم حامل هذا القول أن لا يستقيد ضرورة ومن قال بالقود وجعل الدية نصف الدية فهو أحرز لا صلا فقام له فانه بين بنفسه والله أعلم وأما هل

من أثبت وجرت عليه المواسي كما أن الأصل في السن حديث ابن عمر أنه عرض يوم الحندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أحد وهو ابن خمسة عشر سنة .

(القول في الجروح)

وأما الجروح فإنه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئاً لدم الجرح والذي يؤثر في التكافؤ العبودية والكفر أما العبد والحرفانهم اختلفوا في وقوع القصاص بينهما في الجرح كاختلافهم في النفس فمنهم من رأى أنه لا يقتص من الحر للعبد ويقتص للحر من العبد كالحال في النفس ومنهم من رأى أنه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ولم يفرق بين الجرح والنفس ومنهم من فرق فقال يقتص من الأعلى للادنى في النفس والجرح ومنهم من قال يقتص من النفس دون الجرح وعن مالك الرويات والصواب كما يقتص من النفس أن يقتص من الجرح فهذه هي حال العبيد مع الأحرار وأما حال العبيد بعضهم مع بعض فإن للعلماء فيهم ثلاثة أقوال ، أحدها أن القصاص بينهم في النفس ومادونها وهو قول الشافعي وجماعة وهو مروى عن عمر بن الخطاب وهو قول مالك ، والقول الثاني أنه لا قصاص بينهم في النفس ولا في الجرح وإمامهم كالبهايم وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة : والثالث أن القصاص بينهم في النفس دون مادونها به قال أبو حنيفة والثوري وروى ذلك عن ابن مسعود وعمدة الفريق الأول قوله تعالى (والعبد بالعبد) وعمدة الحنفية ما روى عن عمران بن الحصين أن عبداً لقوم قتراء قطع أذن عبد لقوم أغنياء فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه فهذا هو حكم النفس .

(القول في الجرح)

وأما الجرح فإنه يشترط فيه أن يكون على وجه العمد أعنى الجرح الذي يجب فيه الفصاص والجرح لا ينجس لو أن يكون يتلف جرحاً من جوارح المحروح أو لا يتلف فإن كان مما يتلف جرحاً فالعمد فيه هو أن يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالباً وأما أن جرحه على وجه اللعب أو بما لا يجرح به غالباً أو على وجه اللادب فيشبهه أن يكون فيه الخلاف الذي يقع في القتل الذي يتولد عن الضرب في اللعب والادب بما لا يقتل غالباً فإن أبا حنيفة يعتبر إلا أنه حتى يقول أن القاتل بالقتل لا يقتل وهو شذوذ منه أعنى بالخلاف هل فيه القصاص أو الدية أن كان الجرح مما فيه الدية وأما أن كان الجرح قد أتلف جرحاً من

جوارح الجرح وح فمن شرط القصاص فيه العمد أيضاً بخلاف وفي تمييز العمد منه من غير العمد خلاف أما اذا ضربه على العضو نفسه فقطعه وضر به بالتي تقطع العضو غالباً أو ضربه على وجهه النائرة فلا خلاف ان فيه القصاص وأما ان ضربه بلطمة أو سوط أو ما أشبه ذلك مما الظاهر منه انه لم يقصد اتلاف العضو مثل ان يلطمه فيفقا عينه فالذى عليه الجمهور انه شبه العمد ولا قصاص فيه وفيه الدية مغلظة في ماله وهي رواية العراقيين عن مالك والمشهور في المذهب أن ذلك عمد وفيه القصاص الا في الاب مع ابنه وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد الى أن شبه العمد انما هو في النفس لا في الجرح وأما ان جرحه فالتلف عضو أو على وجه اللعب فقيه قولان ، أحدهما وجوب القصاص ، والثاني نفيه وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قيل الدية مغلظة وقيل دية الخطأ أعني فيها فيه دية وكذلك اذا كان على وجه الادب فقيه الخلاف . وأما ما يجب في جراح العمد اذا وقعت على الشروط التي ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى (والجرح قصاص) وذلك فيما أمكن القصاص فيه منها وفيما وجد منه محل القصاص ولم يخش منه تلف النفس وانما صار والهدم لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القود في المأمومة والمنقلة والحائفة فرأى مالك ومن قال بقوله ان هذا حكم ما كان في معنى هذه من الجراح التي هي متالف مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما أشبه ذلك وقد اختلف قول مالك في المنقلة فمرة قال بالقصاص ومرة قال بالدية وكذلك الامر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوي في القصاص مثل الاقتصاص من ذهاب بعض النظر أو بعض السمع ويمنع القصاص أيضاً عند مالك عدم المثل مثل ان يفتأ أعشى عين بصير واختلفوا من هذا في الاعور يفتأ عين الصحيح عمداً فقال الجمهور ان أحب الصحيح ان يستقيم منه فله القود واختلفوا اذا عمناع القود فقال قوم ان أحب فله الدية كاملة ألف دينار وهو مذهب مالك وقيل ليس له الا نصف الدية وبه قال الشافعي وهو أيضاً منقول عن مالك وبقول الشافعي قال ابن القاسم والقول الآخر قال المغيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذي فتمت عينه الا القود أو ما اصطلاح عليه وقد قيل لا يستقيم من الاعور وعليه الدية كاملة روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان وعمدة صاحب هذا القول ان عين الاعور بمنزلة عينين فمن فتمها في واحدة فكانه اقتص من اثنين في واحدة والى نحو هذا ذهب من رأى أنه اذا ترك القود ان له دية كاملة ويلزم حامل هذا القول أن لا يستقيد ضرورة ومن قال بالنود وجعل الدية نصف الدية فهو أحرز لا صله فتمامه فانه بين بنفسه والله أعلم وأما هل

الجر وح بخير بين القصاص وأخذ الدية أم ليس له إلا القصاص فقط إلا ان يصطلحوا على أخذ الدية ففيه القولان عن مالك مثل القولين في القتل وكذلك أحد قولي مالك في الأعور يقتل الصبيح أن الصحيح بخير بين أن يقتل الأعور أو يأخذ الدية ألف دينار أو خمسمائة على الاختلاف في ذلك .

وأمّا متى يستقادم الجرح فعند مالك أنه لا يستقادم من جرح إلا بعد اندماله وعند الشافعي على الفور فلشافعي تمسك بالظاهر ومالك رأى أن يعتبر ما يؤهل إليه أمر الجرح مخافة أن يفضى إلى اتلاف النفس واختلف العلماء في المقتص من الجرح يموت المقتص منه من ذلك الجرح فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد لا شيء على المقتص وروى عن علي وعمر مثل ذلك وبه قال أحمد وأبو ثور وداود وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجماعة إذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية وقال بعضهم هي في ماله وقال عثمان البتي يستقط عنه من الدية قدر الجرح حتى اقتص منها وهو قول ابن مسعود فعمدة الفريق الأول إجماعهم على أن السارق إذا مات من قطع يده أنه لا شيء على الذي قطع يده وعدة أبي حنيفة أنه قتل خطأ فوجب فيه الدية ولا يقاد عند مالك في الحر الشديد ولا البرد الشديد ويؤخر ذلك مخافة أن يموت المقاد منه وقد قيل إن المكان شرط في جواز القصاص وهو غير الحرم فهذا هو حكم العمد في الجنايات على النفس وفي الجنايات على أعضاء البدن وينبغي أن نصير إلى حكم الخطأ في ذلك ونبتدى بحكم الخطأ في النفس .

(كتاب الديات في النفوس)

والأصل في هذا الباب قوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا) والديات تختلف في الشريعة بحسب اختلاف الدماء وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية وتختلف أيضاً بحسب العمد إذا رضى بها إمام الفريقان وإمام من له القود على ما تقدم من الاختلاف والنظر في الدية هو في موجبها أعني في أي قتل تجب ثم في نوعها وفي قدرها وفي الوقت الذي تجب فيه وعلى من تجب فاما في أي قتل تجب فانهم اختلفوا على أنها تجب في قتل الخطأ وفي العمد الذي يكون من غير مكف مثل المجنون والصبي وفي العمد الذي تكون حرمه المقتول فيه ناقصة عن حرمه القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اختلفوا على أنه خطأ ومنه ما اختلفوا فيه وقد تقدم صدر من ذلك وسيأتى بعد ذلك اختلافهم في تضمين الركب والسائق والتائب وأما قدرها ونوعها فانهم اختلفوا على أن دية الحر المسلم على أهل الأبل

مائة من الابل وهي في مذهب مالك ثلاث ديات دية الخطأ ودية العمد اذا قبلت ودية شبيه العمد وهي عند مالك في الا شهر عنه مثل فعل المدلجى بابنه . وأما الشافعي فالدية عنه اثنان فتقط مخنقة ومغالطة فالخنقة دية الخطأ والمغالطة دية العمد ودية شبيه العمد . وأما أبو حنيفة فالديات عنده اثنان أيضاً دية الخطأ ودية شبيه العمد وليس عنده دية في العمد وإنما الواجب عنده في العمد ما اصطلاح عليه وهو حال عليه غير مؤجل وهو معنى قول مالك المشهور لانه اذا لم تلازمه الدية عنده الا باصطلاح فلا معنى لتسميته دية الا ما روى عنه انها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا يخرج حكمها عن حكم المال المصطلح عليه ودية العمد عنده أربع وخمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة وهو قول ابن شهاب وربيعة والدية المغنظة عنده اثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه وهي الحوامل ولا تكون المغنظة عنده في المشهور الا في مثل فعل المدلجى بابنه وعند الشافعي انها تكون في شبه العمد اثلاثاً أيضاً وروى ذلك أيضاً عن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو ثور والدية في العمد اذا عفا ولي الدم اتماساً كدية الخطأ واختلفوا في اسنان الابل في دية الخطأ فقال مالك والشافعي هي أربع وخمسة وعشرون ابنة مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون ابنة لبون ذكر وعشرون حقة وعشرون جذعة وهو مروي عن ابن شهاب وربيعة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه أعني التخميس الا انهم جعلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكر وروى عن ابن مسعود الوجهان جميعا وروى عن سيدنا علي انه جعلها أربعاً أسقط منها الخمس والعشرين بنى لبون واليه ذهب عمر بن عبد العزيز ولا حديث في ذلك مسند فدل على الاباحة والله أعلم كما قال أبو عمر بن عبد البر وخرج البخاري والترمذي عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض ذكر وعشرون بنات لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة واعتل لهذا الحديث أبو عمر بانه روى عن حنيفة بن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال وأحب الي في ذلك الرواية عن علي لانهم يختلف في ذلك عليه كما يختلف على ابن مسعود وخرج أبو داود عن عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان من قتل خطأ فديته مائة من الابل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشرة بنو لبون ذكر قال أبو سليمان الخطابي هذا الحديث لا أعرف أحداً من الفقهاء المشهورين قال به وإنما قال أكثر العلماء ان دية الخطأ أربع وخمسة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وان كانوا يختلفوا في الاصناف وقد روى ان دية الخطأ مائة عن بعض العلماء وهم الشعبي والنخعي والحسن البصري وهو لاء

جعلوها خمساً وعشرين جذعة وخمساً وعشرين حقة وخمساً وعشرين بنات لبون وخمسا
وعشرين بنات مخاض كمار وى عن على وخرجه أبو داود وأما صار الجمهور إلى تخميس دية
الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون
بنو مخاض ذكر وان كان لم يتفقوا على بنى المخاض لانهم لم تذكري اسمان فيها وقياس من أخذ
بحديث التخميس فى الخطأ وحديث التربع فى شبه العمد وان ثبت هذا النوع الثالث ان يقول
فى دية العمد بالتثليث كما قدر وى ذلك عن الشافعى ومن لم يقل بالتثليث شبه العمد بما دونه
فهذا هو مشهور أقوالهم فى الدية التى تكون من الابل على أهل الابل وأما أهل الذهب والورق
فانهم اختلفوا أيضاً فيما يجب من ذلك عليهم فقال مالك على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل
الورق اثنا عشر ألف درهم وقال أهل العراق على أهل الورق عشرة آلاف درهم وقال
أحمد لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق الا قبة الابل بالغاً ما بلغت
بالعراق مثل قول مالك وعمدة مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الابل على أهل
الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق باثنى عشر ألف درهم وعمدة الحنفية مار ووا أيضاً
عن عمر انه قوم الدينار بعشرة دراهم واجماعهم على تقويم المتقال بها فى الزكاة وأما الشافعى
فيقول إن الاصل فى الدية انما هو مائة بعير وعمر اعماجهم فيها ألف دينار على أهل الذهب
واثنى عشر ألف درهم على أهل الورق لان ذلك كان قبة الابل من الذهب والورق فى زمانه
والحجة له مار وى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده انه قال كانت الديات على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب على النصف
من دية المسلمين قال فكان ذلك حتى استخلف عمر فتمام خطيباً فقال أن الابل قد غلّت
فقرضها عمر على أهل الورق اثنى عشر ألف درهم وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل
البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاة الف شاة وعلى أهل الحلال مائتي حلة وترك دية أهل الذمة لم
يرفع فيها شيئاً واحتج بعض الناس لما لك لانه لو كان تقويم عمر بدلاً لكان ذلك ديناً يدين
لاجماعهم أن الدية فى الخطأ مؤجلة لثلاث سنين ومالك وأبو حنيفة وجماعة متفقون على أن
الدية لا تؤخذ الا من الابل أو الذهب أو الورق وقال أبو يوسف وعمر بن الحسن
والفقهاء السبعة المديون يوضع على أهل الشاة الف شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل
البر ودمائنا حلة وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده المتقدم وما أسنده أبو
بكر بن أبى شيبة عن عطاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس فى أموالهم
ما كانت على أهل الابل مائة بعير وعلى أهل الشاة الف شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل

البرود ما تاحله وماروى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب الى الاجناد أن الدية كانت على
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بعير قال فان كان الذى أصابه من الاعراب فديته
من الابل لا يكلف الاعراب الذهب ولا الورق فان لم يجد الاعراب مائة من الابل فعد لها من
الشاة ألف شاة ولان أهل العراق أيضاً روى عن عمر مثل حديث عمرو بن شعيب عن
أبيه عن جده نصاً وعمدة الفريق الاول أنه لو جاز أن تقوم بالشاة والبقر لجاز أن تقوم بالطعام
على أهل الطعام وبالخيل على أهل الخيل وهذا لا يقول به أحد والنظر فى الدية كما قلت هو فى
نوعها وفى مقدارها وعلى من تجب وفيما تجب ومتى تجب . أما نوعها ومقدارها فقد تكلمنا
فيه فى الذكور والاحرار المسلمين وأما على من تجب فلا خلاف بينهم أن دية الخطأ تجب على
العاقلة وأنه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر اخرى) ومن قوله عليه
الصلاة والسلام لا بنى زمته لولده لا يحنى عليك ولا يحنى عليه وأما دية العمد فجمهورهم على أنها
ليست على العاقلة لما روى عن ابن عباس ولا يخالفه من الصحابة أنه قال لا تحمل العاقلة
عمداً ولا اعتراًفاً ولا صاعحاً فى عمد وجمهورهم على أنها لا تحمل من أصاب نفسه خطأ وشذ
لا وزاعى فقتل من ذهب يضرب العدو وقتل نفسه فعلى عاقلة الدية وكذلك عندهم فى قطع
الاعضاء وروى عن عمر أن رجلاً قُتِلَ فى نفسه خطأ فقتل له عمر بدينار على ما قلته
واختلفوا فى دية شبه العمد وفى الدية المغالطة على قولين واختلفوا فى دية ما جناه المجنون
والصبي على من تجب فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة أنه كله يحمل على العاقلة وقال الشافعى
عمد الصبي فى ماله * وسبب اختلافهم تردد فعل الصبي بين العمد والمخطئ فن غلب عليه
شبه العمد وأوجب الدية فى ماله ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة وكذلك
اختلفوا اذا اشترك فى القتل عمد وصبي والذين أوجبوا على العمد التقصاص وعلى الصبي
الدية اختلفوا على من تكون فقال الشافعى على أصله فى مال الصبي وقال مالك على العاقلة
وأما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص بينهما وأما متى تجب فانهم اختلفوا على أن دية الخطأ مؤجلة
فى ثلاث سنين وأما دية العمد فالة إلا أن يصطاح على التأجيل وأما من هم العاقلة فان جمهور
العلماء من أهل الحجاز اختلفوا على أن العاقلة هى القرابة من قبل الاب وهم العصابة دون أهل
الديوان وتحمل الموالى القتل عند جمهورهم اذا عجزت عنه العصابة الا داود فانه لم ير الموالى عصابة
وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك وقال الشافعى على الفنى دينار وعلى
الفقير نصف دينار وروى عند الشافعى مرتبة على القرابة بحسب قربهم فالأقرب من بنى أبيه
ثم من بنى جده ثم من بنى بنى أبيه وقال أبو حنيفة وأصحابه العاقلة هم أهل ديوانه ان كان من أهل

ديوان وعمدة أهل الحجاز أنه تعاقل الناس في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي زمان أبي بكر ولم يكن هنالك ديوان وإنما كان الديوان في زمان عمر بن الخطاب واعتد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا حلف في الاسلام وإباحلف كان في الجاهلية فلا يربده الاسلام الا قوة والجملة فمكسوا في ذلك بنحو تمسكهم في وجوب الولاء للحلفاء واختلعوا في جنائهم من لا عصبية ولا موالى وهم السائبة إذا جئوا خطأ هل يكون عليه عقل أم لا وإن كان فعلى من يكون قتال من لم يجعل لهم موالى ليس على السائبة عقل وكذلك من لم يجعل العقل على الموالى وهو داود وأصحابه وقال من جعل ولا عدل أن اعتمه عليه قتله وقال من جعل ولا عدل للمسلمين عقله في بيت المال ومن قال إن للسائبة أن يوالى من شاء جعل عقله لمن والا وكل هذه الأقوال بل قد حكيت عن السلف والديات تختلف بحسب اختلاف المودى فيه والمؤثر في نقصان الدية هي الانوثة والكفر والعبودية أمادية المرأة فانهم اتفقوا على أنها على النصف من دية الرجل في النفس فقط واختلقوا فيما دون النفس من الشجاج والاعضاء على ماسيأتي القول فيه في ديات الجروح والاعضاء وأمادية أهل الذمة إذا قتلوا خطأ فإن للعلماء في ذلك ثلاثة أقوال، أحدها أن ديتهم على النصف من دية المسلم ذكر انهم على النصف من ذكران المسلمين ونساؤهم على النصف من نساءهم وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين، والقول الثاني أن ديتهم ثلث دية المسلم وبه قال الشافعي وهو مروي عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال به جماعة من التابعين، والقول الثالث أن ديتهم مثل دية المسلمين وبه قال أبو حنيفة والثوري وجماعة وهو مروي عن ابن مسعود وقد روى عن عمر وعثمان وقال به جماعة من التابعين فعمدة القريبى الاول مروي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال دية الكافر على النصف من دية المسلم وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى (وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله ونحوه رقية مومنة) ومن السنة ما رواه معمر بن الزهري قال دية اليهودي والنصراني وكل ذمي مثل دية المسلم قال وكانت كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان وعلى حتى كان معاوية فجعل في بيت المال نصفها وأعطى أهل القتول نصفها ثم قضى عمر بن عبد العزيز بنصف الدية وألغى الذي جعله معاوية في بيت المال قال الزهري فلم يتصلى أن أذكر بذلك عمر ابن عبد العزيز فاخبره أن الدية قد كانت تامة لأهل الذمة. وأما إذا قتل العبد خطأ أو عمداً على من لا يرى التصاخص فيه فقتل قوم عليه قيمته بالغة ما بلغت وإن زادت على دية الحر وبه قال

مالك والشافعي وأبو يوسف وهو قول سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة ومحمد لا يتجاوز بقيمة العبد الدية وقالت طائفة من فقهاء الكوفة فيه الدية ولكن لا يبلغ به دية الحر ينقص منها شيئاً وعمدة الحنفية أن الرق حال نقص فوجب أن لا تزيد قيمته على دية الحر وعمدة من أوجب فيه الدية ولكن ناقصة عن دية الحر أنه مكف ناقص فوجب أن يكون الحكم ناقصاً عن الحر لكن واحداً بالنوع أصلاً الحد في الزنا والتذف والخمر والطلاق ولو قيل فيه أنها تكون على النصف من دية الحر لكان قولاه وجه أعنى في دية الخطأ لكان لم يقل به أحد وعمدة مالك أنه مال قد اتلف فوجب فيه القيمة أصله سائر الاموال واختلف في الواجب في العبد على من يجب فقال أبو حنيفة هو على عاقلة القاتل وهو الا شهر عن الشافعي وقال مالك هو على القاتل نفسه وعمدة مالك تشبيه العبد بالعرض وعمدة الشافعي قياسه على الحر

﴿وما يدخل في هذا الباب﴾

من أنواع الخطأ دية الجنين وذلك لأن سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمد محضاً وإنما هو عمد في أمه خطأ فيه والنظر في هذا الباب هو أيضاً في الواجب في ضرب الاجنة وفي صفة الجنين الذي يجب فيه الواجب وعلى من يجب ولما يجب وفي شروط الوجوب فاما الاجنة فانهم اتفقوا على أن الواجب في جنين الحرة وجنين الامه من سيدها هو غرة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة وغيره أن امرأتين من هذيل رمت احدهما الاخرى فطرح جنينها فقتل في رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو وليدة واتفقوا على أن قيمة الغرة الواجبة في ذلك عند من رأى أن الغرة في ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور هي نصف عشرين أمه الا أن من رأى أن الدية الكاملة على أهل الدار هم هي عشرة آلاف درهم قال دية الجنين خمسمائة درهم ومن رأى أنها اثنا عشر ألف درهم قال ستمائة درهم والذين لم يحدوا في ذلك حداً أو لم يحدوها من جهة القيمة وأجازوا اخراج قيمتها عنها قالوا الواجب في ذلك قيمة الغرة بالغة ما بلغت وقال داود وأهل الظاهر كل ما وقع عليه اسم غرة أجزأ ولا يجزئ عند القيمة في ذلك فيما أحسب واختلفوا في الواجب في جنين الامه وفي جنين الكتابية فذهب مالك والشافعي الى أن في جنين الامه عشرين قيمة أمه ذكر أو أنثى يوم يحبنى عليه وفرق قوم بين الذكر والانثى فقال قوم أن كان أنثى فيه عشرين قيمة أمه وان كان ذكر فعشر قيمته لو كان حياً وبه قال أبو حنيفة ولا خلاف عندهم أن جنين الامه اذا سقط حياً أن فيه قيمته وقال أبو يوسف في جنين الامه اذا سقط ميتاً منها ما تنقص من قيمة أمه وأما جنين الذمية

فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة فيه عشر دية أمه لكن أبو حنيفة على أصله في أن دية الدمي دية المسلم والشافعي على أصله في أن دية الدمي ثلث دية المسلم ومالك على أصله في أن دية الدمي نصف دية المسلم وأما صفة الجنين الذي يجب فيه فأنهم اتفقوا على أن من شروطه أن يخرج الجنين ميتاً ولا يموت أمه من الضرب واختلقوا إذا ماتت أمه من الضرب ثم سقط الجنين ميتاً فقال الشافعي ومالك لاشئ فيه وقال أشهب فيه العرة وبه قال الليث وربعة والزهري واختلفوا من هذا الباب في فروع وهي العلامة التي تدل على سقوطه حياً أو ميتاً فذهب مالك وأصحابه إلى أن علامة الحياة الاستهلال بالصباح أو البكاء وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأكثر الفقهاء كل ما علمت به الحياة في المادة من حركة أو عطاس أو تنفس فحكمه حكم الحى وهو الاطهر واختلفوا من هذا الباب في الخلقة التي توجب العرة فقال مالك كلما طرحت من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد فيه العرة وقال الشافعي لاشئ فيه حتى تستبين الخلقة والوجود أن يعتز نفخ الروح فيه أعني أن يكون يجب فيه العرة إذا علم أن الحياة قد كانت وجدت فيه . وأما على من يجب فأنهم اختلفوا في ذلك فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حي والحسن البصري هي في مال الجاني وقال آخر ون هي على العاقلة ومن قال بذلك الشافعي وأبو حنيفة والثوري وجهاعة وعمدتهم أنها جناية خطأ فرجبت على العاقلة وما روى أيضاً عن جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب ويدأز وجهها وولدها وأما مالك فشبها بادية العمدة إذا كان الضرب عمداً أو أماً لمن يجب فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة هي لورثة الجنين وحكمها حكم اليتيم في أنها مورثة وقال ربعة والليث هي للام خاصة وذلك أنهم شبهوا جنينها بعضوم أعضاءها ومن الواجب الذي اختلفوا فيه في الجنين مع وجوب العرة وجوب الكفارة فذهب الشافعي إلى أن فيه الكفارة واجبة وذهب أبو حنيفة إلى أنه ليس فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها فأما الشافعي فإنه أوجبها لأن الكفارة عند واجبة في العمد والخطأ وأما أبو حنيفة فإنه غلب عليه حكم العمد والكفارة لا تجب عنده في العمد وأما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده في العمد وتجب في الخطأ وكان هذا متردداً عنده بين العمد والخطأ استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها ومن أنواع الخطأ المختلف فيه اختلافاً فيهم في تضمين الرأك والسائق والتأند فقال الجمهور ضامنون لما أصابت الدابة واحتجوا في ذلك بقضاء عمر على الذي أجرى فرسه فوطئ آخر بالعتل وقال أهل الظاهر لا ضمان على أحد في جرح العجماء واعقدوا الأمر ثابت فيه عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام جرح العجماء جبار والبئر جبار

والمدن جبار وفي الركاز الخمس فحمل الجوهرة والحديث على انه اذالم يكن للدابة ركاب ولا سائق ولا فئسلا منهم رأوا انه اذا أصابت الدابة أحد أو عليها ركاب أو لها قائد أو سائق فن ازركب لها أو السائق أو القائد هو المصيب وإن كان خطأ واختلف الجمهور فيما أصابت الدابة برجلها فتسال مالك لا شيء فيه ان لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيئاً يبعثها به على أن يرمي برجلها وقال الشافعي يضمن الراكب ما أصابت يدها أو برجلها أو به قال ابن شيرمة وابن أبي ليلى وسويابين الضمان برجلها أو غير رجلها أو به قال أبو حنيفة إلا انه استثنى الرحمة بالرجل أو بالذئب وربما احتج من لم يضمن رجل الدابة عاروى عنه صلى الله عليه وسلم ان رجل جبار ولم يصبح هذا الحديث عند الشافعي وردده وأقارب العلماء فممن حفر ثراً فوقه فيه اسان متمار به قال مالك ان حفر في موضع جرت العادة الحفر في مثله لم يضمن وان تعدى في الحفر ضمن وقال الليث ان حفر في أرض يملكها لم يضمن وإن حفر فيما لا يملك ضمن من ضمن فهو عنده من نوع الخطأ وكذلك اختلفوا في الدابة الموقوفة قال بعضهم ان اوقفتها بحيث يجب له أن يوقفه لم يضمن وان لم يفعل ضمن وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يضمن على كل حال وليس يرثه أن يرطها بوضع يحوز له أن يرطها فيه كما لا يرثه ركوبها من ضمان ما أصابته وان كان الركوب مباحا واحتلغوا في الفارسين يصطد ما من وموت كل واحد منهما فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة على كل واحد منهما مادية الا آخر وذلك على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتي على كل واحد منهما نصف دية صاحبه لان كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه وأجمعوا على ان الطبيب اذا أخطأ الزمته الدية مثل أن يقطع الحشفة في الختان وما أشبه ذلك لانه في معنى الجاني خطأ وعن مالك رواية انه ليس عليه شيء وذلك عنده اذا كان من أهل الطب ولا خلاف انه اذا لم يكن من أهل الطب انه يضمن لانه متعد وقد ورد في ذلك مع الإجماع حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من تطبب ولم يعلم منه قبل ذلك الطب فهو ضامن والدية فيما أخطأه الطبيب عند الجمهور على العاقلة ومن أهل العلم من جعله في مال الطبيب ولا خلاف انه اذا لم يكن من أهل الطب انها في ماله على ظاهر حديث عمرو بن شعيب ولا خلاف بينهم ان الكفارة التي نص الله عليها في قتل الحر خطأ واجبة واختلفوا في قتل العمد هل فيه كفارة وفي قتل العبد خطأ فأوجبها مالك في قتل الحر فقط في الخطأ دون العمد وأوجبها الشافعي في العمد من طريق الأولى والأخرى وعند مالك ان العمد في هذا حكمه حكم الخطأ واختلفوا في تغليظ الدية في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال مالك وأبو حنيفة وابن أبي ليلى لا تغلظ الدية فيهما

وقال الشافعي تغليظ فيهما في النفس وفي الجراح وروى عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم انه يزداد فيها مثل ثلثها وروى ذلك عن عمر وكذلك عند الشافعي من قتل ذارسم يحرم عمدة مالك وأبي حنيفة عموم الظاهر في توقيف الديات فن ادعى في ذلك تخصيصاً فمليه الدليل مع انهم قد اجمعوا على انه لا تغليظ الكفارة فبين قتل فيهما وعمدة الشافعي ان ذلك مروى عن عمر وعثمان وابن عباس واذاروى عن الصحابة شي تخالف للقياس وجب حملة على التوقيف ووجه مخالفته للقياس أن التغليظ فيما وقع خطأ بعيد عن أصول الشرع وللرقيق الثاني أن يقول انه قد ينقدح في ذلك قياس لما ثبت في الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه بضمان الصيود فيه

« كتاب الديات فيما دون النفس »

والاشياء التي تجب فيها الدية فيما دون النفس هي شجاج وأعضاء فلينبدأ بالقول في الشجاج والنظر في هذا الباب في محل الوجوب وشرطه وفي قدره الواجب وعلى من تجب ومتى تجب ولمن تجب فاما محل الوجوب فهي الشجاج أو قطع الاعضاء والشجاج عشرة في اللغة والفقه أولها الدامية وهي التي تدمي الجلد ثم الحارصة وهي التي تشق الجلد ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تشقه ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم ثم الممحاق وهي التي تبلغ السهحاق وهو الغشا الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها الملتأ بالممدو والقصر ثم الموضحة وهي التي توضح العظم أي تكشفه ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ثم المنتلة وهي التي يطير العظم منها ثم المأمومة وهي التي تصل أم الدماغ ثم الجائفة وهي التي تصل الى الجوف وأسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن واسم الجرح يختص بما وقع في البدن فهذه أسماء هذه الشجاج فأما أحكامها أعني الواجب فيها فتفق العلماء على أن العتق واقع في عمد الموضحة ومادون الموضحة خطأ وانفقوا على أنه ليس فيما دون الموضحة خطأ عتق وانما فيها حكومة قال بعضهم أجرة انصيب الاماروى عن عمر وعثمان انهما قضيا في الممحاق بنصف دية الموضحة وروى عن علي انه قضى فيها باربع من الابل وروى عن زيد بن ثابت انه قال في الدامية بعير وفي الباضعة بعيران وفي المتلاحمة ثلاثة أبعرة وفي الممحاق أربعة واجمهور من فقهاء الامصار على ما ذكرنا وذلك ان الاصل في الجراح الحكومة الا ما وقعت فيه السنة حدا ومالك يعتبر في الزام الحكومة فيما دون الموضحة ان تبرأ على شين والغسير من فقهاء الامصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين أو لم تبرأ فلهذه هي أحكام ما دون الموضحة * فأما الموضحة فجميع

النعماء على ان فيها اذا كانت خطأ خمس من الابل وثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه
 وسلم في كتابه لعمر بن حزم ومن حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أن النبي
 صلى الله عليه وسلم قال في الموضحة خمس يعنى من الابل واختلف العلماء في موضع الموضحة
 من الجسد بعد اتقاقهم على ما قلنا اعنى على وجوب التقصاص في العمد ووجوب الدية
 في الخطأ منها فقال مالك لا تكون الموضحة الا في جبهة الرأس والجبهة والخدين واليمنى الاعلى
 ولا تكون في اليمنى الاسفل لانه في حكم العنق ولا في الانف . واما الشافعى وأبو حنيفة
 فالموضحة عندهما في جميع الوجه والرأس والجمهور على انها لا تكون في الجسد وقال الليث
 وطائفة تكون الموضحة في الجنب وقال الاوزاعى اذا كانت في الجسد كانت على النصف
 من دينها في الوجه والرأس وروى عن عمر أنه قال في موضحة الجسد نصف عشر دية ذلك
 العضو وغلظ بعض العلماء في موضحة الوجه تبرأ على شين فرأى فيها مثل نصف عقلها اذا
 على عقلها وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار واضطرب قول مالك في ذلك مرة قال يقول
 سليمان بن يسار ومرة قال لا يزداد فيها على عقلها شئ وبه قال الجمهور وقد قيل عن مالك أنه قال
 اذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ومعنى الحكومة عند مالك ما نقص من قيمته
 ان لو كان عبداً . وأما الهاشمية ففيها عند الجمهور عشر الدية وروى ذلك عن زيد بن ثابت ولا
 مخالف له من الصحابة . وقل بعض العلماء الهاشمية هي المتقلة وشذو . وأما المتقلة فلا خلاف
 ان فيها عشر الدية ونصف العشر اذا كانت خطأ . فما اذا كانت عمداً فخمس والعلماء
 على أن ليس فيها قودلما كان الخوف . وحكى عن ابن الزبير أنه اقدمها ومن المأمومة .
 وأما الهاشمية في العمد فروى ابن القاسم عن مالك أنه ليس فيها قود ومن أجاز القود من
 المتقلة كان احرى ان يحجز ذلك من الهاشمية . وأما المأمومة فلا خلاف انه لا يقدّمها
 وان فيها ثلث الدية الا ما حكى عن ابن الزبير . وأما الجائفة فاتفقوا على انها من جراح
 الجسد لا من جراح الرأس وانها لا يقدّمها وان فيها ثلث الدية وانها جائئة متى وقعت في الظهر
 والبطن واختلفوا اذا وقعت في غير ذلك من الاعضاء فنفذت الى تجويفه فحكى مالك عن
 سعيد بن المسيب ان في كل جراحة نافذة الى تجويف عضو من الاعضاء اى عضو كان ثلث
 دية ذلك العضو . وحكى ابن شهاب انه كان لا يرى ذلك وهو الذى اختاره مالك لان القياس
 عنده في هذا لا يسوغ وانما عنده في ذلك الاجتهاد من غير توقيف . وأما سعيد فانه قاس
 ذلك على الجائفة على نحو ما روى عن عمر في موضحة الجسد . وأما الجراحات التى تقع في سائر
 الجسد فليس في الخطأ منها الا الحكومة .

﴿القول في ديات الأعضاء﴾

والاصل فيما فيه من الاعضاء اذا قطع خطأ مال محدود وهو الذي يسمى دية وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن ابيه ان في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم في العتول ان في النفس مائة من الابل وفي الانثى اذا استوعب جدها مائة من الابل وفي المأمومة ثلاث الدية وفي الجائفة مثلها وفي العين خمسون وفي اليد خمسون وفي الرجل خمسون وفي كل اصبع مما هنالك عشر من الابل وفي السن والموضحة خمس وكل هذا يجمع عليه الا السن والايهام فانهم اختلفوا فيها على ما سئذ كره ومنها ما اختلفوا عليه مما لم يذكروها قياسا على ما ذكره فتقول ان العلماء اجمعوا على ان في الشفتين الدية كاملة والجوهر على ان في كل واحدة منهما نصف الدية وروى عن قوم من التابعين ان في السفلى ثلث الدية لانها تحبس الطعام والشراب وباجلها فان حركتها بالمنفعة بها اعظم من حركة الشفة العليا وهو مذهب يزيد بن ثابت وباجلها فجماعة العلماء وأئمة الفتوى متفقون على أن في كل زوج من الاسنان الدية ما خلا الحاجبين وندي الرجل واختلفوا في الاذنين متى تكون فيهما الدية فقال الشافعي وابو حنيفة والثوري والليث اذا اصططتا كان فيهما الدية ولم يشترطوا ذهاب السمع بل جعلوا في ذهاب السمع الدية مفردة . وأما مالك فلم يشهروا عنده انه لا تجب في الاذنين الدية الا اذا ذهب سمعهما فان لم يذهب ففيه حكومة وروى عن ابى بكر انه قضى في الاذنين بخمس عشرة من الابل وقال اهمها لا يضران السمع ويسترحم الشعر او العمامة وروى عن عمر وعلى وزيد انهم قضوا في الاذن اذا اصططمت نصف الدية . وأما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم ان في ذهاب السمع الدية . واما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعي حكومة وقال ابو حنيفة فيهما الدية وكذلك في اشفار العين وليس عند مالك في ذلك الاحكومة وعمدة الحنفية ما روى عن ابن مسعود انه قال في كل اثنين من الاسنان الدية وتسيبهما بما اجمعوا عليه من الاعضاء المثناة وعمدة مالك انه لا مجال فيه للقياس وانما طريقة التوقيف فسلم ثبت من قبل السماع فيه دية فالاصل ان فيه حكومة وايضا فان الحواجب ليست اعضاؤها لمنفعة ولا فعل بين اعني ضروريها في الحلقة . واما الاجفان فتبيل في كل جفن منها ربع الدية وبه قال الشافعي والكوفي لانه لا بقاء للعين دون الاجفان وفي الحفنتين الاسفلين عند غيرهما الثلث وفي الاعلىين الثلثان وأجمعوا على ان من اصيب من اطرافه

أكثر من ديتيه ان لذلك مثل ان تصاب عيناه وأنه فله ديتان . وأما الاثنيان فاجمعوا
ايضاً على ان فيهما الدية وقال جميعهم ان في كل واحدة منهما نصف الدية الا ما روى عن
سعيد بن المسيب انه قال في البيضة اليسرى ثلث الدية لان الولد يكون منها وفي اليمنى ثلث الدية
فهذه مسائل الاعضاء المزدوجة . واما المفردة فان جمهورهم على ان في اللسان خطأ الدية
وذلك مروى عن النبي صلى الله عليه وسلم وذلك اذا قطع كله او قطع منه ما يمنع الكلام فان لم
يتقطع منه ما منع الكلام ففيه حكومة واختلغوا في القصاص فيه عمد أفنتهم من لم يرفيه قصاصاً
وأوجب الدية وهم مالك والشافعي والكوفي لكن الشافعي يرى الدية في مال الجاني والكوفي
ومالك على العاقلة وقال البلث وغيره في اللسان عمداً القصاص . واما الانف فأجمعوا على
انه اذا أوعب جدعا على ان فيه الدية على ما في الحديث وسواء عند مالك ذهب الشحم او لم
يذهب وعنده انه اذا ذهب احدهما ففيه الدية وفي ذهاب احدهما بعد الاخر الدية الكاملة
وأجمعوا على ان في الذكر الصحيح الذي يكون به الوطء الدية كاملة واختلغوا في ذكر العنين
والخصى كما اختلغوا في لسان الاخرس وفي اليد الشلاء فنتهم من جعل فيها الدية ومنهم من
جعل فيها حكومة ومنهم من قال في ذكر الخصى والعنين ثلث الدية والذي عليه الجمهور ان فيه
حكومة واقل ما تجب فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ثم في باقي الذكر حكومة . واما عين الاور
فلا علماء فيه قولان ، احدهما ان فيه الدية كاملة واليه ذهب مالك وجماعة من اهل المدينة وبه
قال الليث وقضى به عمر بن عبدالعزيز وهو قول ابن عمر وقال الشافعي وابو حنيفة والثوري
فيها نصف الدية كما في عين الصحيح وهو مروى عن جماعة من التابعين وعمدة الفريق
الاول ان العين الواحدة للاور بمنزلة العينين جميعاً لغير الاور وعمدة الفريق الثاني
حديث عمرو بن حزم أعنى قوله وفي العين نصف الدية وقياساً ايضاً على اجماعهم
انه ليس على من قطع يد من ليد واحدة الا نصف الدية * فسبب اختلافهم في هذا معارضة
العموم للقياس ومعارضة القياس للقياس ومن احسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فاذهب
بعض بصرها مروى من ذلك عن علي رضي الله عنه انه أمر بالذي اصيب بصره بان عصبت
عينه الصحيحة وأعطى رجلاً بيضة فاطلق بها وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها فخط عند اول
ذلك خطاً في الارض ثم أمر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة وأعطى رجلاً البيضة
بعينه فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى خفيت عنه فخط ايضاً عند اول ما خفيت عنه في الارض
خطاً ثم علم ما بين الخطين من المسافة وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة فاعطاه

قد رد ذلك من الديّة ويختبر صدقه في مسافة ادرالك العين العليّة والصحيحة بان يختبر ذلك منه
مراراً حتى في مواضع مختلفة فان خرجت مسافة تلك المواضع التي ذكر واحدة علمت انه
صادق واختلف العلماء في الجناية على العين القائمة الشكل التي ذهب بصرها فقال مالك
والشافعي وابو حنيفة فيها حكومة وقال زيد بن ثابت فيها عشرة الديّة مائة دينار وحمل ذلك
الشافعي على أنه كان ذلك من زيد يتقوى بما لا توقى ما روى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن
عباس اهمما قضيا في العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء في كل واحدة منها ثلث
الديّة وقال مالك تم دية السن باسودادها ثم في قطعها بعد اسودادها دية واختلف العلماء في
الاغور بفتح العين الصحيح عمداً فقال الجمهور ان احب فله القود ومن عناق له الديّة قال قوم
كاملة وقال قوم نصفها وبه قال الشافعي وابن القاسم وبكلا القولين قال مالك وبالديّة كاملة
قال المغيرة من احباده وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذي فقت عينه الا القود
او ما اصطاحا عليه وعمدة من رأى جميع الديّة عليه اذا عفا عن القود انه يجب عليه دية
ما ترك له وهي العين الموراء وهي دية كاملة عند كثير من اهل العلم ومذهب عمر وعثمان وابن
عمران عین الاغور اذا فقت وجب فيها الف دينار لانها في حقه في معنى العينين كليهما لا
العين الواحدة فاذا تركها لوجب عليه ديتها وعمدة اولئك البقاء على الاصل اعني ان في العين
الواحدة نصف الديّة وعمدة ابى حنيفة أن العمد ليس في دية محدودة وهذه المسئلة قد
ذكرت في باب القود في الجراح وقال جمهور العلماء وأئمة الفتوى مالك وابو حنيفة والشافعي
والتوري وغيرهم ان في كل اصبع عشرأ من الابل وأن الاصابع في ذلك سواء وان في كل
انملة ثلث العشر الا مال من الاصابع انملتان كالا بهام ففي انملته خمس من الابل وعمدتهم في
ذلك ما جاء في حديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وفي كل اصبع
مما هنالك عشر من الابل وخرج عمرو بن شبيب عن ابيد عن جده ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قضى في الاصابع بعشر العشر وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس وهي عندهم
على اهل الورق بحسب ما يرى واحد واحد منهم في الديّة من الورق فهي عندهم يرى انها اثنا
عشر الف درهم عشرها وعندهم يرى انها عشرة آلاف عشرها وروى عن السلف المتقدم
اختلاف في عقل الاصابع فروى عن عمر بن الخطاب انه قضى في الابهام والتي تليها بعقل
نصف الديّة وفي الوسطى بعشر فرائض وفي التي تليها بتسع وفي الخنصر بست وروى عن
بجاهد انه قال في الابهام خمسة عشر من الابل وفي التي تليها عشر وفي الوسطى عشر وفي التي

تليها ثمان وفي المختصر سبع . وأما الترقوة والضلع ففيهما عند جمهور فقهاء الامة بارحكومة
وروى عن بعض السلف فيها توقيت وروى عن مالك ان عمر بن الخطاب قضى في
الضرس بجمل والضلع بجمل وفي الترقوة بجمل وقال سعيد بن جبير في الترقوة بعيران وقال
قتادة اربعة ابعرة وعمدة فقهاء الامصار ان ما لم يثبت فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم توقيت
فليس فيه الا حكومة وجمهور فقهاء الامصار على أن في كل سن من اسنان الفم خمساً من
الابل وبه قال ابن عباس وروى مالك عن عمر انه قضى في الضرس بجمل وذلك فيما لم يكن
منها في مقدم الفم . وأما التي في مقدم الفم فلا خلاف أن فيها خمساً من الابل وقال سعيد بن
المسيب في الاضراس بعيران وروى عن مالك ان مروان بن الحكم اعترض في ذلك على ابن
عباس فقال ان تجعل مقدم الاسنان مثل الاضراس فقال ابن عباس لو لم يعتد ذلك الا بالاصابع
عقلها اسواء عمدة الجمهور في ذلك ما ثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال في السن
خمس وذلك من حديث عمر وبن حزم عن ابيه عن جده واسم السن ينطلق على التي في مقدم
الفم ومؤخره وتشبيهها بالاصابع التي استوت ديتها وان اختلفت منافعها وعمدة من
خالف بينهما ان الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الاعضاء مع أنه يشبه أن يكون من
صار الى ذلك من الصدر الاول انما صار اليه عن توقيت وجميع هذه الاعضاء التي ثبتت
الدية فيها خطأ فيها القود في قطع ماقطع وقلع ماقلع واختلفوا في كسر ما كسر منها مثل الساق
والذراع هل فيه قود ام لا فذهب مالك وأصحابه الى ان القود في كسر جميع العظام الا الفخذ
والصلب وقال الشافعي والليث لا قصاص في عظم من العظام يكسر وبه قال ابو حنيفة الا انه
استثنى السن وروى عن ابن عباس انه لا قصاص في عظم وكذلك عن عمر قال ابو عمر بن
عبد البر ثبت ان النبي صلى الله عليه وسلم اقاد في السن المكسورة من حديث أنس قال وقد
روى من حديث آخر أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يقدم من العظم المتطوع في غير المفصل
الا انه ليس بالقوى وروى عن مالك أن ابا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أقاد من كسر الفخذ
وانفقوا على ان دية المرأة نصف دية الرجل في النفس واختلفوا في ديات الشجاج واعضاءها
فقال جمهور فقهاء المدينة تساوى المرأة الرجل في عقلها من الشجاج والاعضاء الى أن تبلغ
ثلث الدية فاذا بلغت ثلث الدية عادت . يتها الى النصف من دية الرجل اعني دية اعضائها من
اعضاءه مثال ذلك ان في كل اصبع من اصابعها عشراً من الابل وفي اثنين منها عشرون وفي
ثلاثة ثلاثون وفي اربعة عشرون وبه قال مالك وأصحابه والليث بن سعد ورواد مالك عن

سعيد بن المسيب وعن عروة بن الزبير وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر بن عبد العزيز
وقالت طائفة بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل الى الموضحة ثم تكون ديتها على
النصف من دية الرجل وهو الاشهر من قول ابن مسعود وهو مروي عن عثمان وبه قال شرح
وجماعة وقال قوم بل دية المرأة في جراحها وأطرافها على النصف من دية الرجل في قليل ذلك
وكثيره وهو قول علي رضي الله عنه وروى ذلك عن ابن مسعود الا ان الاشهر عنه هو
ما ذكرناه اولاً وهذا القول قال ابو حنيفة والشافعي والثوري وعمدة قائل هذا القول ان
الاصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل فواجب التمسك بهذا الاصل حتى يأتي دليل من
السمع الثابت اذ القياس في الديات لا يجوز وبخاصة لكون القول بالعرق بين القليل والكثير
مخالفاً للقياس ولذلك قال ربيعة لسعيد ما يأتي ذكره عنه ولا اعتماد للطائفة الاولى الى ما راسل
وماروى عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن ابى عبد الرحمن كم في أربع من اصابعها
قال عشرين قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عتقها قال أعراقى أنت قلت
بل عالم متبنت أوجاهل متعلم قال هي السنة وروى أيضاً عن النبي عليه الصلاة والسلام من
مرسل عمرو بن شعيب عن أبيه وعمه كرمه وقد رأى قوم أن قول الصحابي اذا خالف
القياس وجب العمل به لانه يعلم انه لم يترك القول به الا عن توقيف لكن في هذا ضعف اذا
كان يمكن أن يترك القول به امالاً به لا يرى القياس وإمالاً به عارضه في ذلك قياس ثان أو قد في
ذلك غيره فهذه حال ديات جراح الارواح والجنانية على أعضائهم الذكور منهم والاناث
وأما جراح العبيد وقطع أعضائهم فان العلماء اختلفوا فيها على قولين فمنهم من رأى أن في
جراحهم وقطع أعضائهم ما نقص من ثمن العبد ومنهم من رأى أن الواجب في ذلك من قيمته
قدر ما في ذلك الجرح من دية فيكون في موضحة نصف عشر قيمته وفي عينه نصف قيمته وبه
قال ابو حنيفة والشافعي وهو قول عمر وعلي وقال مالك يعتبر في ذلك كله ما نقص من ثمنه
الا موضحة ومثله ومأمومته ففيها من ثمنه قدر ما فيها في الحر من دية وعمدة الفريق الاول
تشبيهه بالعروض وعمدة الفريق الثاني تشبيهه بالحر اذ هو مسلم ومكلف ولا خلاف بينهم
أن دية الخطأ من هذه اذا جاوزت الثلث على العاقلة واختلف فيما دون ذلك فقال مالك وقتباء
المدينة السبعة وجماعة ان العاقلة لا تحمّل من ذلك الا الثلث فما زاد وقال ابو حنيفة تحمّل
من ذلك العشر فما فوقه من الدية الكاملة وقال الثوري وابن شبرمة الموضحة فما زاد على العاقلة
وقال الشافعي وعثمان البتي تحمّل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ وعمدة الشافعي هي ان

الاصل هو أن العاقلة هي التي تحمل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيئاً فعلياً الدليل ولا عمة للفر يق المتقدم إلا أن ذلك معمول به ومشهور وهنا اتقضى هذا الكتاب والحمد لله
حق حمده .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم)

(كتاب القسامة)

اختلف العلماء في القسامة في أربعة مواضع تجرى مجرى الاصول لفروع هذا الباب .
المسئلة الاولى هل يجب الحكم بالقسامة أم لا ، الثانية اذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو دفع مجرد الدعوى ، المسئلة الثالثة هل يبدأ بالايان فيها المدعون أو المدعى عليهم وكم عدد الحالفين من الاولياء ، المسئلة الرابعة فيما يعدلوننا يجب به أن يبدأ المدعون بالايان

المسئلة الاولى أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء الامصار مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد وسفيان وداود وأصحابهم وغير ذلك من فقهاء الامصار وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبدالله وأبو قلابه وعمر بن عبدالعزيز وابن علية لا يجوز الحكم بها عمة الجمهور ما ثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث حويرة ومحيصة وهو حديث متفق على صحته من أهل الحديث إلا أنهم يختلفون في ألفاظه على مناسبات بعد وعمة الفر يق النافي لوجوب الحكم بها أن القسامة مخالفة لاصول الشرع المجمع على صحتها فمنها أن الاصل في الشرع أن لا يحلف أحد الا على ما علم قطعاً أو شاهد حساو اذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل بل قد يكونون في بلد والتقتل في بلد آخر ولذلك روى البخاري عن أبي قلابه أن عمر بن عبدالعزيز أربز سريره يوم للناس ثم أذن لهم فدخلوا عليه فقال ما تقولون في القسامة فاضب القوم وقالوا نقول ان القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء فقال ما تقول يا أبا قلابه ونصبتني للناس فقلت يا أمير المؤمنين عندك أسراف العرب ورؤساء الاجناد أريت لو أن خمسين رجلاً شهدوا على رجل أنه زنا بدمشق ولم يروه أ كنت ترجمه قال لا قلت أريت لو أن خمسين رجلاً شهدوا عندك على رجل أنه سرق بجمص ولم يروه

أ كنت نقطه قال لا وفي بعض الروايات قلت ما بهم اذا شهدوا انه قتله بارض كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم قال فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة انهم ان أقاموا شاهدي عدل ان فلانا قتله فاقده ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا قالوا ومنها ان من الاصول ان الايمان ليس لها تأثير في اشاطة الدماء ومنها أن من الاصول ان الينة على من ادعى واليمين على من أنكر ومن حجتهم أنهم لم يروا في تلك الاحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وانما كانت حكما جاهليا فتلطف لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليربهم كيف لا يلزم الحكم بها على اصول الاسلام ولذلك قال لهم أن يحلفون خمسين يمينا أعنى لولاة الدم وهم الانصار قالوا كيف نحلف ولم نشاهد قال فيحلف لكم اليهود قالوا كيف تقبل أيمان قوم كفار قالوا فلو كانت السنة أن يحلفوا وان لم يشهدوا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم هي السنة قال واذا كانت هذه الاثار غير نص في القضاء بالقسامة والتأويل يتطرق اليها فصرها بالتأويل الى الاصول أولى . واما القائلون بها وبخاصة مالك فرأى ان سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للاصول كسائر السنن المخصصة وزعم ان العلة في ذلك حوطة الدماء وذلك ان القتل لما كان يكثر وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل انما يتحرى بالقتل مواضع الخلووات جعلت هذه السنة حفظا للدماء لكن هذه العلة تدخل عليه في قطاع الطريق والسراق وذلك ان السارق تعمس الشهادة عليه وكذلك قاطع الطريق فلهذا أجاز مالك شهادة المسلوبين على السالبيين مع مخالفة ذلك للاصول وذلك ان المسلوبين مدعون على سلبهم والله أعلم .

المسئلة الثانية ❦ اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها فقال مالك واحمد يستحق بها الدم في العمد والدية في الخطأ وقال الشافعي والثوري وجماعة تستحق بها الدية فقط وقال بعض الكوفيين لا يستحق بها الا دفع الدعوى على الاصل في ان اليمين انما تجب على المدعى عليه وقال بعضهم بل يحلف المدعى عليه ويغرم الدية فعلى هذا انما يستحق منها دفع التود فقط فيكون فيما يستحق المتقسمون أربعة أقوال فعمدة مالك ومن قال بقوله مارواه من حديث ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حثمة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم تحلفون وتستحقون دم صاحبكم وكذلك مارواه من مرسل بشير بن يشار وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم أوقاتكم . وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط فهو ان الايمان يوجد لها تأثير في استحقاق الاموال أعنى في الشرع

مثل ما ثبت من الحكم في الاموال باليمين والشاهد ومثل ما يجب المال بنكول المدعى عليه أو بالنكول وقلها على المدعى عند من يقول بقلب اليمين مع النكول مع ان حديث مالك عن ابن أبي ليلى ضعيف لانه رجل مجهول لم يرو عنه غير مالك وقيل فيه ايضاً انه لم يسمع من سهل وحديث بشير بن بشار قد اختلف في اسناده فارسله مالك واستدعه غيره قال القاضي يشبه ان تكون هذه العلة هي السبب في ان لم يخرج البخاري هذين الحديثين واعتضد عندهم القياس في ذلك بما روى عن عمر رضي الله عنه انه قال لا قود بالقسامة ولكن يستحق بها الدية . واما الذين قالوا انما يستحق بهادف الدعوى فقط فعمدتهم ان الاصل هو ان الايمان على المدعى عليه والا حاديت التي نذكرها فيما بعد ان شاء الله .

المسئلة الثالثة ﴿ واختلف القائلون بالقسامة أعنى الذين قالوا انها يستوجب بها مال أو دم فمين يبدأ بالايمان الخمسين على ما ورد في الآثار فقال الشافعي واحمد وداود بن علي وغيرهم يبدأ المدعون وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من أهل المدينة بل يبدأ المدعى عليهم بالايمان وعمدة من بدأ بالمدعين حديث مالك عن ابن أبي ليلى عن سهل بن أبي حثمة ومرسله عن بشير بن يسار وعمدة من رأى التبدئة بالمدعى عليهم ماخرجه البخاري عن سعيد بن عبيد الطائي عن بشير بن يسار أن رجلاً من الانصار يقال له سهيل بن حثمة وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تأتون بالبينة على من قتله قالوا ما لنا بينة قال فيحلفون لكم قالوا ما نرضى بايمان يهود وكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه فوداه بمائة بعير من ابل الصدقة قال القاضي وهذا نص في انه لا يستوجب بالايمان الخمسين الادفع الدعوى فقط واحتجوا ايضاً بماخرجه أبو داود أيضاً عن ابي سلمة بن أبي عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الانصار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهودو بدأ بهم أن يحلف منكم خمسون رجلاً خمسين يمينا فابوا فقال للانصار احلفوا فقالوا أن يحلف على الغيب يا رسول الله فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود لانه وجد بين أظهرهم وبهذا تمسك من جعل اليمين في حق المدعى عليهم وألزمهم الغرم مع ذلك وهو حديث صحيح الاسناد لانه رواه الثقات عن الزهري عن أبي سلمة وروى الكوفيون ذلك عن عمر أعنى انه قضى على المدعى عليهم باليمين والدية وخرج مثله ايضاً من تبدة اليهود بالايمان عن رافع بن خديج واحتج هؤلاء القوم على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهري عن سليمان بن يسار وعراك بن مالك ان عمر بن الخطاب قال لا يجزئ الذي ادعى دم وياه على رجل من بني سعد وكان

أجرى فرسه فوطى على أصبع الجهني فترى فيها فمات فقال عمر الذي ادعى عليهم أن يخلقون بالله خمسين يمينا مامات منها فابوا أن يخلقوا وتجرعوا فقال للمدعين اخلعوا فابوا فقتلهم بشطرا لدية قالوا وأحاديثنا هذه أولى من التي روى فيها تبذئة المدعين بالايمان لان الاصل شاهد لا حاديثنا من أن اليمين على المدعى عليه قال ابو عمر والاحاديث المتعارضة في ذلك مشهور

المسئلة الرابعة وهي موجب القسامة عند القائلين بها أجمع جمهور العلماء القائلون بها انها لا تجب الا بشبهة واختلفو في الشبهة ما هي فقال الشافعي اذا كانت الشبهة في معنى الشبهة التي قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة وهو أن يوجد قتيل في محلة قوم لا يخالطهم غيرهم وبين أولئك القوم وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الاصار واليهود وكانت خيبر دار اليهود محتصة بهم ووجد فيها القتيل من الاصار قال وكذلك لو وجد في ناحية قتيل والى جانبه رجل مختضب بالدم وكذلك لو دخل على نفر بيت فوجد بينهم قتيل وما أشبه هذه الشبهة مما يغلب على ظن الحكم ان المدعى محق لقيام تلك الشبهة وقال مالك بن حزم هذا أعنى ان القسامة لا تجب الا بلوث والشاهد الواحد عنده اذا كان عدلا لوث باتفاق عند أصحابه واختلفو اذا لم يكن عدلا وكذلك وافق الشافعي في قرينة الحال المحيلة مثل أن يوجد قتيل متشحطا بدمه وبقربه انسان بيده حديدة مدماة الا أن مالكا يرى ان وجود القتيل في المحلة ليس لوثا وان كانت هنالك عداوة بين القوم الدين منهم القتيل وبين أهل المحلة واذا كان ذلك كذلك لم يبق ما هنأشئ يجب أن يكون أصلا لا اشتراط اللوث في وجوبها ولذلك لم يقل بها قوم وقال أبو حنيفة وصاحباها اذا وجد قتيل في محلة قوم وبه أثر وجبت القسامة على أهل المحلة ومن أهل العلم من أوجب القسامة بنفس وجود القتيل في المحلة دون سائر الشرائط التي اشترط الشافعي ودون وجود الاثر بالقتيل الذي اشترطه أبو حنيفة وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود وقال به الزهري وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال القسامة تجب متى وجد قتيل لا يعرف من قتله أينما وجد فادعى ولادة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يمينا فان هم حلفوا على العمد فالقود وان حلفوا على الخطأ فالدية وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلا وعندما لك رجلان فصاعدا من أولئك وقال داود لا أقضى بالقسامة الا في مثل السبب الذي قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمر مالك والليث من بين فقهاء الامصار القائلين بالقسامة فجعلوا قول المقتول فلان قتلني لو نايوجب القسامة وكل قال بما غلب على ظنه انه شبهة يوجب القسامة ولمكان الشبهة

رأى بتدئة المدعين بالإيمان من رأى ذلك منهم فإن الشبه عند مالك تنقل اليمين من المدعى عليه
 إلى المدعى إذا سبب تعليق الشرع عنده اليمين بالمدعى عليه أنما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه
 وكأنه تشبه ذلك باليمين مع الشاهد في الأموال . وأما القول بأن نفس الدعوى شبهة
 فضعيف ومفارق للأصول والنص لقوله عليه الصلاة والسلام: لو يعطى الناس بدعا
 ويهمهم لا دعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه وهو حديث
 ثابت من حديث ابن عباس وخرجه مسلم في صحيحه وما احتج به المالكية من قصة
 بقرة بنى إسرائيل فضعيف لأن التصديق هنالك أسند إلى الفعل الخارق للعادة
 واختلف الذين أوجبوا القود بالتسامة هل يقتل بها أكثر من واحد فقال مالك لا تكون
 التسامة إلا على واحد وبه قال أحمد بن حنبل وقال أشهب يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد
 يعينه الأولياء وهو ضعيف وقال المغيرة المخزومي كل من أقسم عليه قتل وقال مالك والليث
 إذا شهد اثنان عدلان أن انساناً ضرب آخر وبقي المضروب أياماً بعد الضرب ثم مات أقسم
 أولياء المضروب أنه مات من ذلك الضرب وقيد به وهذا كله ضعيف واختلفوا في التسامة
 في العبد فبعض أثبتا وبه قال أبو حنيفة تشبيهاً بالحروب بعض نفاها تشبيهاً بالبهيمة وبها قال مالك
 والدية عندهم فيها في مال القاتل ولا يحلف فيها أقل من خمسين رجلاً خمسين مينةً عند مالك
 ولا يحلف عنده أقل من اثنين في الدم ولا يحلف الواحد في الخطأ وإن كل عنده أحد من ولادة
 الدم بطل القود وصحت الدية في حق من لم ينسكل أعنى حظه منها وقال الزهري أن نكل منهم
 أحد بطلت الدية في حق الجميع وفروع هذا الباب كثيرة قال القاضي والقول في التسامة هو
 داخل فيما ثبت به الدماء وهو في الحقيقة جزء من كتاب الاقضية ولكن ذكرناه هنا على
 عادتهم وذلك أنه إذا ورد قضاء خاص بجنس من أجناس الأمور الشرعية رأوا أن الأولى
 أن يذكر في ذلك الجنس وأما القضاء الذي يعم أكثر من جنس واحد من أجناس الأشياء
 التي يقع فيها القضاء فيذكر في كتاب الاقضية وقد تجدهم يفعلون الأمرين جميعاً كما فعل مالك
 في الموطأ فإنه ساق فيه الاقضية من كل كتاب .

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

﴿كتاب احكام في الزنا﴾

والنظر في أصول هذا الكتاب في حد الزنا وفي اصناف الزنا وفي العقوبات لكل صنف صنف منهم وفيما ثبت به هذه العا حاشية :

﴿الباب الاول﴾

فاما الزنا فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الاسلام وان كانوا اختلفوا فيما هو شبهة نكاحاً الحدود مما ليس بشبهة دائمة وفي ذلك مسائل يذكر منها أشهرها فمنها الامة يقع عليها الرجل وله فيها شرك فقال مالك يدرأ عنه الحد وان ولدت ألحق الولد به وقومت عليه وبه قال ابو حنيفة وقال بعضهم يعزروا وقال أبو ثور عليه الحد كاملاً اذا علم الحرمة وحجة الجماعة قوله عليه الصلاة والسلام ادرءوا الحدود بالشبهات والذين درءوا الحدود اختلفوا هل يلزمه من صدق المثل بقدر نصيبه أم لا يلزم * وسبب الخلاف هل ذلك الذي يملك منها يغلب حكمه على الجزء الذي لا يملك أم حكم الذي لا يملك يغلب على حكم الذي يملك فان حكم ممالك الحلية وحكم ممالك الحرمية * ومنها اختلفوا في الرجل المحادي يطأ جارية من المغنم فقال قوم عليه الحد ودرأ قوم عنه الحد وهو شبهة والسبب في هذه وفي التي قبلها واحد والله أعلم * ومنها ان يحمل رجل لرجل وطء خادمه فقال مالك يدرأ عنه الحد وقال غيره يعزروا وقال بعض الناس بل هي هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج ومنها الرجل يقع على جاريه ابنه او ابنته فقال الجمهور لا حد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام: لرجل خاطبه انت ومالك لا يبيك ولقوله عليه الصلاة والسلام لا يتقاد الوالد بالولد ولا جماعهم على انه لا يقطع فيما سرق من مال ولده ولذلك قالوا تقوم عليه حملت ام لم تحمل لانها قد حرمت على ابنه فكذلك استهلكها ومن المحجة لهم ايضا اجماعهم على أن الاب لو قتل ابن ابنته لم يكن للابن أن يقتص من أبيه وكذلك كل من كان الابن له ولياً * ومنها الرجل يطأ جارية زوجته اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال فقال مالك والجمهور عليه الحد كاملاً وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوم عليه فيغرر بها زوجته ان كانت طاعته وان كان استكرها قامت

عليه وهي حرة وبه قال أحمد واسحق وهو قول ابن مسعود والاول قول عمر ورواه مالك في الموطأ عنه وقال قوم عليه مائة جلدة فقط سواء كان محصناً أو ثيباً وقال قوم عليه التعزير فعمدة من اوجب عليه الحد انه وطئ دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد وعمدة من درأ الحديث ما ثبت ان رسول الله عليه الصلاة والسلام قضى في رجل وطئ جارية امرأته انه ان كان استكرهها فهي حرة وعليه مثلها لسيدها وان كانت طاوغة فهي له وعليه لسيدها مثلها وأيضا فان له شبهة في مالها بدليل قوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة لثلاث فذكر مالها ويقوى هذا المعنى على أصل من يرى ان المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثلث أو في الثلث فما فوقه وهو مذهب مالك * ومنهما ما يراه أبو حنيفة من درء الحد عن واطئ المستأجرة والجمهور على خلاف ذلك وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب عنه وكانه رأى ان هذه المنفعة أشبهت سائر المنافع التي استأجرها عليها فدخلت الشبهة وأشبه نكاح المتعة * ومنها درء الحد عن امتنع اختلف فيه أيضاً وبالجملة فالانكحة الفاسدة داخلة في هذا الباب وأكثرها عند مالك تدرأ الحد الا ما اعقد منها على شخص مؤبد التحريم بالقربة مثل الام وما أشبه ذلك مما لا يعذر فيه بالجهل

﴿ الباب الثاني ﴾

والزناة الذين يختلف العقوبة باختلافهم أربعة اصناف محصنون ثيب وابطار وأحرار وعبيد وذكور واناث * والحدود الاسلامية ثلاثة رجم وجلد وتعزير فاما الثيب الاحرار المحصنون فان المسلمين أجمعوا على أن حدهم الرجم الا فرقة من اهل الاهواء فانهم رأوا ان حد كل زان الجلد وانما صار الجمهور للرجم لثبوت احاديث الرجم فخصصوا الكتاب بالسنة أعنى قوله تعالى « الزانية والزاني » الآية واختلفوا في موضعين، احدهما هل يجلدون مع الرجم ام لا، والموضع الثاني في شروط الاحصان .

﴿ أما المسئلة الاولى ﴾ فان العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم ام لا فقال الجمهور لا جلد على من وجب عليه الرجم وقال الحسن البصري واسحق واحمد وداود الزاني المحصن يجلد ثم يرمى وعمدة الجمهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعز أو رجم امرأة من جهينة و رجم يهوديين وامرأة من عامر من الازد كل ذلك من خرج في الصحاح ولم ير وأنه جلد واحد منهم ومن جهة المعنى ان الحد الا صغر ينطوى في الحد الا كبر وذلك ان

الحدانما وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم وعمدة الفريق الثانى عموم قوله تعالى
 (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) فلم يخص محصن من غير محصن واحتجوا
 أيضاً بحديث على رضى الله عنه خرج به مسلم وغيره ان علياً رضى الله عنه جلد شرابة الحمدانية
 يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسوله وحديث
 عبادة بن الصامت وفيه ان النبي عليه الصلاة والسلام قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً
 البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة . واما الاحصان
 فانهم اتفقوا على انه من شرط الرجم واختلفوا في شروطه فقال مالك البلوع والاسلام
 والحرية والوطء في عقد صحيح وحالة جائز فيها الوطء والوطء المحظور هو عند الوطء في الحيض
 أو في الصيام فاذا زنا بعد الوطء الذى هو بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فحده عنده الرجم
 ووافق أبو حنيفة ما لكافى هذه الشروط الا في الوطء المحظور واشترط في الحرية ان تكون
 من الطرفين أعنى ان يكون الزانى والزانية حريين ولم يشترط الاسلام الشافعى وعمدة الشافعى
 ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر وهو حديث متفق عليه ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم
 اليهودية واليهودية الذين زنيا اذ رفع اليه امرهما اليهود والله تعالى يقول « وان حكمت فاحكم
 بينهم بالقسط » وعمدة مالك من طريق المعنى ان الاحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم
 الاسلام وهذا منبأه على ان الوطء في نكاح صحيح هو مندوب اليه فهذا هو حكم الثيب . واما
 الابكار فان المسلمين أجمعوا على ان حد البكر في الزنا جلد مائة لقوله تعالى « الزانية والزانى
 فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » واختلفوا في التغريب مع الجلد فقال أبو حنيفة وأصحابه
 لا تغريب أصلاً وقال الشافعى لا بد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكر اكان اناثى حراً كان
 أو عبداً أو قال مالك يغرب الرجل ولا تغرب المرأة وبه قال الاوزاعى ولا تغريب عند مالك
 على العبيد فعمدة من اوجب التغريب على الاطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه
 البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وكذلك ما خرج اهل الصحاح عن ابن هريرة بن
 خالد الجهمي انهما قالان رجلا من الاعراب اتى النبي عليه الصلاة والسلام قال يا رسول الله
 أنشدك الله الا قضيت لى بكتاب الله فقال الخصم وهو أفته منه نعم اقض بيننا بكتاب الله
 واذن لى ان أتكم فقال له النبي قل قال ان ابني كان عسيقاً على هذا فزنا بامرأته وانى اخبرت
 أن على ابني الرجم فافتديته بمائة شاة ووليدة فسألت اهل العلم فأخبرونى انما على ابني جلد
 مائة وتغريب عام وان على امرأة هذا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والذى نفسى

بيده لا قضين بينكما بكتاب الله اما الوليدة والغنم فرد عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغرب عام
واغدياً أينس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فقد اعلمها انيس فاعترفت فامر النبي عليه
الصلاة والسلام بها فرجمت ومن خصص المرأة من هذا العموم فانما خصصه بالقياس لانه
رأى ان المرأة تعرض بالغرابة لا كثر من الزنا وهذا من القياس المرسل أعنى المصالحى الذى
كثيراً ما يقول به مالك . واما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب وهو مبنى على رأيهم أن الزيادة على
النص نسخ وانه ليس ينسخ الكتاب باخبار الاحاد وروا عن عمر وغيره انه حد ولم يغرب
وروى الكوفيون عن أبى بكر وعمر انهم غرّبوا واما حكم العبيد في هذه القاحشة فان العبيد
صنفان ذكور وانات اما الاناث فان العلماء اجمعوا على ان الامة اذا تزوجت وزنت ان حدها
خمسون جلدة لقوله تعالى « فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات
من العذاب » واختلفوا اذ المتزّوج فقال جمهور فقهاء الامصار حدها خمسون جلدة وقالت
طائفة لا حد عليها وانما عليها تعزير فقط وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وقال قوم لا حد على
الامة أصلاً والسبب في اختلافهم الاشتراك الذى في اسم الاحصان في قوله تعالى (فاذا
احصن) فمن فهم من الاحصان التزّوج وقال بدليل الخطاب قال لا تجلد الغير المتزّوجة ومن
فهم من الاحصان الاسلام جعله عامائى المتزوجة وغيرها واحتج (١) من لم ير على غير المتزّوجة
حدّاً بحديث أبى هريرة وزيد بن خالد الجهني ان النبي عليه السلام سئل عن الامة اذا زنت
ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوهن ولو بظنير . واما الذكور من
العبيد فقهاء الامصار على ان حد العبد نصف حد الحر قياساً على الامة وقال اهل الظاهر بل
حده مائة جلدة مصيراً الى عموم قوله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهم مائة جلدة) ولم
يخص حرّاً ممن عبد ومن الناس من درأ الحد عنه قياساً على الامة وهو شاذ وروى عن ابن
عباس فهذا هو القول في اصناف الحدود واصناف الحدود دين والشرائط الموجبة للحد في
واحد واحد منهم ويتعلق بهذا القول في كيفية الحدود وفي وقتها فاما كيفيتها فمن مشهور
المسائل الواقعة في هذا الجنس اختلافهم في الخفر للمرجوم فقالت طائفة يحفر له وروى
ذلك عن على في شراحة الهمدانية حين أمر بجرمها وبقال أبو ثور وفيه فلما كان يوم الجمعة
أخرجها فحفر لها حفرة فأدخلت فيها وأحرق الناس بها رمونها فقال ليس هكذا الرجم انى
أخاف أن يصيب بعضكم بعضاً ولكن صفوا كما تصفون في الصلاة ثم قال الرجم رجمان رجم
سرور رجم علانية فلما كان منه باقرار فأول من رجم الامام ثم الناس وما كان بينة فأول من

(١) لعل صوابه واحتج على من لم ير على غير المتزوجة حدّاً

يرجم البينة ثم الامام ثم الناس وقال مالك وأبو حنيفة لا يحفر للمرجوم وخير في ذلك الشافعي وقيل عنه يحفر للمرأة فقط وعمدتهم ما خرج البخاري ومسلم من حديث جابر قال جابر فرجناه بالمصلى فلما أذنته الحجارة فرقا ذكرناه بالحرة فرضناه وقدرى مسلم انه حفر له في اليوم الرابع حفرة وبالجملة فالأحاديث في ذلك مختلفة قال أحمد أ كثر الأحاديث على أن لا يحفر وقال مالك يضرب في الحدود والظاهر وما يقر به وقال أبو حنيفة والشافعي يضرب سائر الأعضاء ويبقى الفرج والوجه وزاد أبو حنيفة الرأس ويجرد الرجل عند مالك في ضرب الحدود كلها وعند الشافعي وأبي حنيفة ما عدا القذف على ما سياتي بعد ويضرب عند الجمهور قاعدا ولا يقام قائما خلا فالن قال انه يقام لظاهر الآية ويستحب عند الجميع أن يحضر الامام عند إقامة الحدود طائفة من الناس لقوله تعالى (وليشهد عذابهم طائفة من المؤمنين) واختلفوا فيما يدل عليه اسم الطائفة فقال مالك أربعة وقيل ثلاثة وقيل اثنان وقيل سبعة وقيل مافوقها. وأما الوقت فان الجمهور على انه لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد ولا يقام على المريض وقال قوم يقام وبه قال أحمد وإسحق واحتج بحديث عمر انه أقام الحد على قدامة وهو مريض * وسبب الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد وهو ان يقام حيث الا يغلب على ظن المقيم له فوات نفس الحد ودفن نظر الى الامر بإقامة الحد ومطلبا من غير استثناء قال يحد المريض ومن نظر الى المفهوم من الحد قال لا يحد المريض حتى يبرأ وكذلك الامر في شدة الحر والبرد

(الباب الثالث وهو معرفة ما ثبت به هذه المأخضة)

وأجمع العلماء على ان الزنا ثبت بالاقرار وبالشهادة واختلفوا في ثبوته بظهور الحمل في النساء الغير المأزوجات اذا ادعين الاستكراد وكذلك اختلفوا في شروط الاقرار وشروط الشهادة فاما الاقرار فانهم اختلفوا فيه في موضعين، أحدهما عدد مرات الاقرار الذي يلزم به الحد، والموضع الثاني هل من شرطه أن لا يرجع عن الاقرار حتى يقام عليه الحد أم بعد الاقرار الذي يجب به الحد فان مالك والشافعي يقولان يكفي في وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة وبه قال داود وأبو ثور والطبري وجماعة وقال أبو حنيفة وأصحابه وابن أبي ليلى لا يجب الحد الا بأقرار أربع مرات بعد مرة وبه قال أحمد وإسحق وزاد أبو حنيفة وأصحابه في مجالس متفرقة وعمدة مالك والشافعي ما جاء في حديث أبي هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه الصلاة والسلام: اغد يا ليس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها ولم يذكر عددا وعمدة الكوفيين ما ورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبي

عليه السلام انه رد ما عزا حتى أقر أربع مرات ثم امر برجمه وفي غيره من الأحاديث قالوا وما ورد في بعض الروايات انه أقر مرة ومرتين وثلاثاً لتقصير ومن قصر فليس بحجة على من حفظ ^١ وأما المسئلة الثانية ^٢ وهي من اعترف بالزنا ثم رجع فقال جمهور العلماء يقبل رجوعه الابن ابى ليلي وعثمان البتي وفصل مالك فقال ان رجع الى شبهة قبل رجوعه وأما ان رجع الى غير شبهة فعنه في ذلك روايتان، أحدهما يقبل وهي الرواية المشهورة، والثانية لا يقبل رجوعه وأما صار الجهور الى تأثير الرجوع في الاقرار لما ثبت من تقريره صلى الله عليه وسلم ما عزا وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع ولذلك ما يجب من أوجب سقوط الحد بالرجوع ان يكون التماضي على الاقرار شرطاً من شروط الحد وقدرى من طريق ان ما عزا لما رجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه فقال لهم ردوني الى رسول الله عليه الصلاة والسلام فقتلوه رجماً وذكروا ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام فقال هلا تر كتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه ومن هنا تعلق الشافعي بان التوبة تسقط الحد ودوا الجمهور على خلافه وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطاً ثالثاً وجوب الحد. وأما ثبوت الزنا بالشهود فان العلماء انفقوا على أنه يثبت الزنا بالشهود وان العدد المستلزم في الشهود اربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى «ثم لم يأتوا باربعة شهداء» وان من صفتهم ان يكونوا عدولاً وان من شرط هذه الشهادة ان تكون بمعاينة فرجه في فرجها وانها تكون بالتصريح لا بالكناية وجمهورهم على ان من شرط هذه الشهادة ان لا تختلف لا في زمان ولا في مكان الا ما حكى عن ابى حنيفة من مسئلة الزوايا المشهورة وهو ان يشهد كل واحد من الاربعة انه رآه في ركن من البيت يظنوا غير الركن الذي رآه فيه الا آخر وسبب الخلاف هل تلتق الشهادة المختلفة بالمكان أم لا تلتق كالشهادة المختلفة بالزمان وأنهم أجمعوا على أنها لا تلتق والمكان أشبه شئ بالزمان والظاهر من الشرع قصده الى التوثيق في ثبوت هذا الحد اكثر منه في سائر الحدود وأما اختلافهم في اقامة الحدود بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه فان طائفة اوجبت فيه الحد على ما ذكره مالك في الموطأ من حديث عمرو به قال مالك الا ان تكون جاءت بالمارة على استكراهها مثل ان تكون بكر أفتأتى وهي تدمى او تنضح نفسها بئر الاستكراه وكذلك عنده الامر اذا ادعت الزوجة الا أن تقيم البيعة على ذلك ما عدى الطائفة فان ابن القاسم قال اذا ادعت الزوجة وكانت طارئة قبل قولها وقال ابو حنيفة والشافعي لا يقيم عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجة وان لم تأت في دعوى الاستكراه بالمارة ولا في دعوى الزوجة بينة لانها بمنزلة من أقر ثم ادعى الاستكراه ومن الحجة لهم ما جاء في حديث شراحة ان علياً رضي الله عنه قال لها

استكرهت قالت لا قال فاعل رجلا انالك في نومك قالوا وى الاثبات عن عمر انه قبل قول امرأه ادعت انها ثقيلة اليوم وان رجلا طرقها فضى عنها ولم تدر من هو بعد ولا خلاف بين اهل الاسلام ان المستكره لا حد عليها وانما اختلفوا في وجوب الصداق لها . وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع أو هو نحلة فمن قال عوض عن البضع أو جبه في البضع في الحلية والحرمية ومن قال انه نحلة خص الله به الا زواج لم يوجبه وهذا الاصل كاف في هذا الكتاب والله الموفق للصواب

(بسم الله الرحمن الرحيم)

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

(كتاب القذف)

والنظر في هذا الكتاب في القذف والقاذف والمقذوف وفي العقوبة الواجبة فيه وبما دأبنا به في هذا الكتاب قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا بأربعة شهوداء) الآية فاما القاذف فانهم اتفقوا على ان من شرطه وصفين وهما البلوغ والعقل وسواء كان ذكراً او اناثاً حراً او عبداً مسلماً او غير مسلم واما المقذوف فاتفقوا على ان من شرطه ان يجتمع فيه خمسة اوصاف وهي البلوغ والحرية والعفاف والاسلام وان يكون معه آله الزنا فان انخرم من هذه الاوصاف وصف لم يجب الحد والجمهور بالجلمة على اشتراط الحرية في المقذوف ويحتمل أن يدخل في ذلك خلاف ومالك يعتبر في سن المرأة ان تطيق الوطء واما القذف الذي يجب به الحد فاتفقوا على وجهين ، احدهما ان يرمى القاذف المقذوف بالزنا ، والثاني ان ينفيه عن سبه اذا كانت امه حرة مسلمة واختلفوا ان كانت كافرة او امة فقال مالك سواء كانت حرة او امة او مسلمة او كافرة يجب الحد وقال ابراهيم النخعي لا حد عليه اذا كانت ام المقذوف امة او كتابية وهو قياس قول الشافعي وابي حنيفة واتفقوا ان القذف اذا كان بهذين المعنيين انه اذا كان بلفظ صريح وجب الحد واختلفوا ان كان بتعريض فقال الشافعي وابو حنيفة والثوري وابن ابى ليلى لا حد في التعريض الا ان اباحنيفة والشافعي يريان فيه التعزير ومن قال بتوهم من الصحابة ابن مسعود وقال مالك واصحابه في التعريض الحد وهي مسألة وقعت في زمان عمر فشاو وعمر فيها الصحابة فاختلقوا فيها عليه فرأى عمر فيها الحد وعمدة مالك ان الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح وان كان اللفظ فيها مستعملاً في غير موضعه اعني مقولاً بالاستعارة وعمدة الجمهور ان الاحتمال الذي في

الاسم المستعار شبهة والحدود تدرأ بالشبهات والحق ان الكناية قد تقوم في مواضع مقام النص وقد تضعف في مواضع وذلك انه اذا لم يكثر الاستعمال لها والذي يندري به الحد عن القاذف ان ثبت زنا المقتوف بأربعة شهود باجماع والشهود عند مالك اذا كانوا أقل من أربعة قذفة وعند غيره ليسوا بقذفة وانما اختلف المذهب في الشهود الذين يشهدون على شهود الاصل * والسبب في اختلافهم هل يشترط في نقل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الاصل أم يكفي في ذلك اثنان على الاصل المعتبر فيما سوى القذف اذ كانوا من لا يستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد. وأما الحد فالنظر فيه في جنسه وتوقيته ومسقطه أما جنسه فانهم اتفقوا على أنه ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى «ثمانين جلدة» واختلفوا في العبد يقذف الحر كم حده فقال الجمهور من فقهاء الامصار حده نصف حد الحر وذلك أربعون جلدة وروى ذلك عن الخلفاء الاربعة وعن ابن عباس وقالت طائفة حده حد الحر وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجماعة من فقهاء الامصار أبو ثور والاوزاعي وداود وأصحابه من أهل الظاهر فعمة الجمهور قياس حده في القذف على حده في الزنا وأما أهل الظاهر فتمسكوا في ذلك بالعموم ولما أجمعوا أيضاً أن حد الكتابي ثمانون فكان العبد احرى بذلك. وأما التوقيت فانهم اتفقوا على انه اذا قذف شخصاً واحداً مرة واحدة كثيرة فعليه حد واحد اذا لم يحد لواحد منها وانه ان قذفه فحذفه قذفة ثانية حد اثناناً واختلفوا اذا قذف جماعة فقال طائفة ليس عليه الا حد واحد جمعهم في القذف أو فرقهم وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة وقال قوم بل عليه لكل واحد حد وبه قال الشافعي والليث وجماعة حتى روى عن الحسن بن حيي أنه قال ان قال انسان من دخل هذه الدار فزنان جلد الحد لكل من دخلها وقالت طائفة ان جمعهم في كلمة واحدة مثل ان يقول لهم يازناة فحد واحد وان قال لكل واحد منهم يازنان فعليه لكل انسان منهم حد فعمة من لم يوجب على قاذف الجماعة الا حداً واحداً حديث أنس وغيره أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك ابن سمحاء فرفع ذلك الى النبي عليه الصلاة والسلام فلا عن بينهما ولم يحد لشريك وذلك اجماع من أهل العلم فبين قذف زوجته برجل وعمدة من رأى أن الحد لكل واحد منهم انه حق للآدميين وإنه لو عفا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد وأما من فرق بين قذفهم في كلمة واحدة أو كلمات أو في مجلس واحد أو في مجالس فلا نه رأى انه واجب ان يتعدد الحد بتعدد القذف لانه اذا اجتمع تعدد المقتوف وتعدد القذف كان واجب ان يتعدد الحد وأما مسقطه فانهم اختلفوا في سقوطه بعفو القاذف فقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي

لا يصح العفو أى لا يسقط الحد وقال الشافعى يصح العفو أى يسقط الحد بلغ الامام أبو لم يبلغ وقال قوم ان بلغ الامام لم يحجز العفو وان لم يبلغه جاز العفو واختلف قول مالك في ذلك - مرة قال بقول الشافعى ومرة قال يجوز اذا لم يبلغ الامام وان بلغ لم يحجز الا ان يريد بذلك المقدوف السترة على نفسه وهو المشهور عنه * والسبب في اختلافهم هل هو حق لله أو حق للآدميين أو حق للكهيمهما فن قال حق لله لم يحجز العفو كالزنا ومن قال حق للآدميين أجاز العفو ومن قال للكهيمهما وغلب حق الامام اذا وصل اليه قال بالفرق بين أن يصل الامام أولاً يصل وقياساً على الأثر الوارد في السرقة وعمدة من رأى أنه حق للآدميين وهو الاظهر أن المقدوف اذا صدقه فيما قدفه به سقط عنه الحد . واما من يقيم الحد فلا خلاف ان الامام يقيم في القذف واتفقوا على أنه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ما لم يتب واختلفوا اذا تاب فقال مالك تجوز شهادته وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة لا تجوز شهادته ابداً * والسبب في اختلافهم هل الاستثناء يعود الى الجملة المتقدمة او يعود الى اقرب مذكور وذلك في قوله تعالى « ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا » فن قال يعود الى اقرب مذكور قال التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ومن رأى ان الاستثناء يتناول الامرين جميعاً قال التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة امر غير مناسب في الشرع اى خارج عن الاصول لان الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة واتفقوا على ان التوبة لا ترفع الحد (واما بما اذا ثبت) فانهم اتفقوا على انه يثبت بشاهدين عدلين حريين ذكراً وختلف في مذهب مالك هل يثبت بشاهد وبعين وبشهادة النساء وهل تلزم في الدعوى فيه عين وان نكل فهل يحد بالنكول وبمين المدعى فهذه اصول هذا الباب التي تبني عليه فروعها ، قال القاضى وان انسأ الله في العمر فسندضع كتابا في الفرع على مذهب مالك بن أنس مرتباً ترتيباً صناعياً اذ كان المذهب المعمول به في هذه الجزيرة التي هي جزيرة الاندلس حتى يكون به القارى مجتهداً في مذهب مالك لان احصاء جميع الروايات عندى شئ ينقطع العمر دونه .

(باب في شرب الخمر)

والكلام في هذه الجناية في الموجب والواجب وبما اذا ثبتت هذه الجناية فاما الموجب فاتفقوا على انه شرب الخمر دون اكراه قليلها وكثيرها واختلفوا في المسكرات من غيرها فقال أهل الحجاز حكمها حكم الخمر في تحريمها وإيجاب الحد على من شربها قليلاً كان أو كثيراً أسكر أو لم يسكر

وقال أهل العراق المحرم منها هو السكر وهو الذي يوجب الحد وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين في كتاب الاطعمة والاشربة . وأما الواجب فهو الحد والتفسيق الا ان تكون التوبة والتفسيق في شارب الخمر باتفاق وان لم يبلغ حد السكر وفيمن بلغ حد السكر فيما سوى الخمر واختلف الذين رأوا تحريم قليل الانبذة في وجوب الحدوا كثر هؤلاء على وجوبه الا انهم اختلفوا في مقدار الحد الواجب فقال الجمهور الحد في ذلك ثمانون وقال الشافعي وأبو ثور وداود الحد في ذلك أربعون هذا في حد الحر . وأما حد العبد فاختلفوا فيه فقال الجمهور وهو على النصف من حد الحر وقال أهل الظاهر حد الحر والعبد سواء وهو أربعون وعند الشافعي عشرين وعند من قال ثمانون أربعون فعمة الجمهور تشاور عمر والصحاب لما كثر في زمانه شرب الخمر وإشارة على عليه بان يجعل الحد ثمانين قياساً على حد القرية فانه كما قيل عنه رضى الله عنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افتري وعمدة الفريق الثاني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحد في ذلك حداً وإنما كان يضرب فيها بين يديه بالمال ضرباً غير محدود وأن أبا بكر رضى الله عنه شاور أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كم بلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشراب الخمر فقد روي عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر بنعلين أربعين فجعل عمر مكان كل نعل سوطاً وروي من طريق آخر عن أبي سعيد الخدري ما هو أثبت من هذا وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر أربعين وروي هذا عن علي عن النبي عليه السلام من طريق أثبت وبه قال الشافعي . وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الامام يقيمه وكذلك الامر في سائر الحدود واختلفوا في اقامة السادات الحدود على عبيدهم فقال مالك يقيم السيد على عبده حد الزنا وحد القذف اذا شهد عنده الشهود ولا يفعل ذلك بعلم نفسه ولا يقطع في السرقة الا الامام وبه قال الليث وقال أبو حنيفة لا يقيم الحدود على العبد الا الامام وقال الشافعي يقيم السيد على عبده جميع الحدود وهو قول أحمد واسحق وأبي ثور فعمة مالك الحديث المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضيقر وقوله عليه السلام : اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها وأما الشافعي فاعتمد مع هذه الاحاديث ما روي عنه صلى الله عليه وسلم من حديث على انه قال : أقيموا الحدود على ماملكت أيمانكم ولأنه أيضاً مروي عن جماعة من الصحابة ولا يخالف لهم منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس وعمدة أبي حنيفة الا جماع على ان الاصل

في إقامة الحدود وهو السلطان وروى عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم أنهم قالوا
الجمعة والنزك ونحوه "نفي عن الحكم إلى السلطان .

(فصل)

وأما بما إذا ثبت هذا الحد فتنق العلماء على أنه ثبت بالإقرار وبشهادة عدلين واختلوا في
ثبوته بالرائحة فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز يجب الحد بالرائحة إذا شهد بها عند
الحاكم شاهدان عدلان وخالفه في ذلك الشافعي وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وحنيفة من
أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا لا يثبت الحد بالرائحة فعمدة من أجازوا شهادة على
الرائحة تشبهاً بالشهادة على الصوت والخط وعمدة من لم يثبتها اشتباهاً بالروائح والحد
يدر بالمشبهة .

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً)

(كتاب السرقة)

والنظر في هذا الكتاب في حد السرقة وفي شروط المسروق الذي يجب به الحد وفي صفات
السارق الذي يجب عليه الحد وفي العقوبة وفيما ثبت به هذه الجناية فما السرقة فهي أخذ مال
الغير مستتراً من غير أن يؤتمن عليه وإنما قلنا هذا لأنهم أجمعوا أنه ليس في الخيانة ولا في
الاختلاس قطع إلا إياها بن معنوية فإنه أوجب في الخلسة القطع وذلك مروى عن النبي عليه
السلام وأوجب أيضاً قوم النقطع على من استعار حلياً أو متاعاً ثم جحد له لمكان حديث المرأة
الخزومية المشيورة أنها كانت تستعير الحلي وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعها في الموضع
جحدوها وبه قال أحمد وإسحق والحديث حديث عائشة قالت كانت امرأة مخزومية
تستعير متاعاً وتجدده فأمر النبي عليه السلام بقطع يدها فأتى أسامة أهلها فكمؤده فكم
أسامة النبي عليه السلام فقال النبي عليه السلام يا أسامة لا أراك تتكلم في حد من حدود الله
ثم قام النبي عليه السلام خطيباً فقال إنما أهلك من كان قبلكم أنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه
وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه والذي نفس بيده لو كانت قطعة بنت محمد لتقطعها ورد
الجمهور هذا الحديث لأنه مخالف للأصول وذلك أن المعارف مأمون وإن لم يأخذ بغير إذن فضلاً

ان ياخذ من حر زقاوا في الحديث حذف وهو انها سرقت مع انها جحدت ويدل على ذلك قوله عليه السلام: انما اهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه قالوا وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهري باسناده فقال فيه ان الخز ومية سرقت قالوا وهذا يدل على انها فعلت الا مر بن جميعاً الجحد والسرقه وكذلك أجمعوا على انه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع الا ان يكون قاطع طريق شاهراً للسلاح على المسلمين مخيفاً للسبيل فحكمه حكم المحارب على ماسيأني في حد المحارب . وأما السارق الذي يجب عليه حد السرقة فانهم اتفقوا على ان من شرطه ان يكون مكلفاً وسواء كان حراً أو عبداً ذكراً أو أنثى أو مسلماً أو ذمياً الا ما روى في المصدر الاول من الخلاف في قطع يد العبد الا ان قال اذا سرق وروى ذلك عن ابن عباس وعثمان ومروان وعمر بن عبد العزيز ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم فمن رأى أن الاجماع تنعقد بعد وجود الخلاف في العصر المتقدم كانت المسئلة عنده قطعية ومن لم يرد ذلك تمسك بعموم الامر بالتقطع ولا حجة لمن لم يقطع على العبق الا بقى الا تشبيهه بسقوط الحد عنه بسقوط شرطه أعنى الحدود التي تشترط في حق العبيد وهو تشبيهه بضعيف . وأما المسروق فان له شرائط مختلفا فيها فمن أشهرها اشتراط النصاب وذلك ان الجمهور على اشتراطه الا ما روى عن الحسن البصري انه قال القطع في قليل المسروق وكثيره اعموم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » الآية وربما احتجوا بحديث أبي هريرة خرجه البخاري ومسلم عن النبي عليه السلام انه قال: لعن الله السارق يسرق البيضة فيقطع يده ويسرق الجبل فيقطع يده وبه قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين والذين قالوا باشتراط النصاب في وجوب القطع وهم الجمهور اختلفوا في قدره اختلاف كبيراً الا ان الاختلاف المشهور من ذلك الذي يستند الى أدلة ثابتة هو قولان ، أحدهما قول فقهاء الحجاز مالك والشافعي وغيرهم ، والثاني قول فقهاء العراق أما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب واختلفوا فيما تقوم به سائر الاشياء المسروقة مما عدا الذهب والفضة فقال مالك في المشهور تقوم بالدراهم لا بالربع دينار أعنى اذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لا اختلاف الصرف مثل ان يكون الربع في وقت درهمين ونصفاً وقال الشافعي الاصل في تقويم الاشياء هو الربع دينار . وهو الاصل أيضاً للدراهم فلا يقطع عندة في الثلاثة دراهم الا ان تساوى ربع دينار وأما مالك فالدينارين والدراهم عنده كل واحد منهما معتبر بنفسه وقد روى بعض البغداديين عنه انه ينظر في تقويم العروض الى الغالب في تقود أهل ذلك البلد

فإن كان الغالب اندراشم قومت بالدراسم وإن كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار وأثنان في
المذهب من يقول إن الربع دينار يقوم بالثلاثة دراهم ويقول الشافعي في التقويم قال أبو نؤير
والأوزاعي وداود و قول مالك المشهور قال أحمد أعني بالتقويم بالدراسم، وأما فقهاء العراق
فالنصاب الذي يجب القطع فيه هو عتدهم عشرة دراهم لا يجب في أقل منه وقد قال جماعة منهم
ابن أبي ليلى وابن شبرمة لا تقطع اليد في أقل من خمسة دراهم وقد قيل في أربعة دراهم وقال عثمان
البيتي درهمين فعمدة فقهاء الحجاز ما رواه مالك عن نافع عن ابن عمر أن النبي عليه الصلاة
والسلام قطع في بجن قيمته ثلاثة دراهم وحديث عائشة أوقفه مالك وأسنده البخاري ومسلم
إلى النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً وأما عمدة فقهاء العراق
فحديث ابن عمر المذكور قالوا ولكن قيمة الجنب هو عشرة دراهم وروى ذلك في أحاديث قالوا وقد
خالف ابن عمر في قيمة الجنب من الصحابة كثير ممن رأى القطع في الجنب كابن عباس وغيره وقد
روى محمد بن إسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم لا تقطع يد السارق فيأدون ثمن الجنب قال وكان ثمن الجنب على عهد النبي عليه الصلاة والسلام
عشرة دراهم وروى ذلك محمد بن إسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس قال
كان ثمن الجنب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم قالوا وإذا وجد الخلاف في
ثمن الجنب وجب أن لا تقطع اليد إلا بيقين وهذا الذي قالوه هو كلام حسن لولا حديث عائشة
وهو الذي اعتمدته الشافعي في هذه المسئلة وجعل الأصل هو الربع دينار. وأما مالك فاعتضد
عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذي رواه وهو أنه قطع في أترجة قومت بثلاثة دراهم
والشافعي يعتذر عن حديث عثمان من قبل أن الصرف كان عندهم في ذلك الوقت اثنا عشر
درهما والقطع في ثلاثة دراهم احتفظ للأموال والقطع في عشرة دراهم أدخل في باب التجاوز
والصفح عن يسير المال وشرف العضو والجمع بين حديث ابن عمر وحديث عائشة وقيل
عثمان مكن على مذهب الشافعي وغير ممكن على مذهب غيره فإن كان الجمع أولى من الترجيح
فمذهب الشافعي أولى المذاهب فهذا هو أحد الشروط المشترطة في القطع واختلفوا من هذا
الباب في فرع مشهور وهو إذا سرق الجماعة ما يجب فيه القطع أعني نصبا بدون أن يكون حفظ
كل واحد منهم نصبا وذلك بأن يخرجوا النصاب من الحرز معاً مثل أن يكون عدلاً أو صندوقاً
يساوي النصاب فتقال مالك يقطعون جميعاً وبه قال الشافعي وأحمد وأبو نؤير وقال أبو حنيفة
لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه كل واحد منهم نصبا فمن قطع الجميع رأى العقوبة أنما تمتاع

بقدر مال السروق أى ان هذا القدر من المال السروق هو الذى يوجب القطع لحفظ المال قال ومن رأى ان القطع انما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال لا تقطع أبد كثيرة فيما أوجب الشرع فيه قطع يد واحدة واختلفوا متى يقدر السروق فقال مالك يوم السرقة وقال أبو حنيفة يوم الحكم عليه بالقطع . وأما الشرط الثانى فى وجوب هذا الحد فهو الحرز وذلك ان جميع فقهاء الامصار الذين تدور عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الحرز فى وجوب القطع وان كان قد اختلفوا فيما هو حرز مما ليس بحرز ولا شبه أن يقال فى حد الحرز انه ما شأنه أن تحفظ به الاموال كي يعسر أخذها مثل الاغلاق والحظائر وما أشبهه ذلك وفى الفعل الذى اذا فعله السارق انصف بالاخراج من الحرز على ما سنده كره بعد ومن ذهب الى هذا مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى وأصحابهم وقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث القطع على من سرق النصاب وان سرقه من غير حرز فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال : لا قطع فى عمر معلق ولا فى حريرة جبل فاذا أواه المراح أو الجرين فاقطع فيما بلغ عن المجن ومرسل مالك أيضاً عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبى حسين المكي بمعنى حديث عمرو بن شعيب وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » الآية قالوا فوجب أن يحمل الآية على عمومها الا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذى يقطع فيه من الذى لا يتقطع وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع فى أحاديث عمرو بن شعيب وقال أبو عمر بن عند البر أحاديث عمرو بن شعيب العمل بها واجب اذار واما الثقات . وأما الحرز عند الذين أوجبوه فانهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا فى أشياء مثل اتفاقهم على أن باب البيت وغلقه حرز واختلافهم فى الاوعية ومثل اتفاقهم على ان من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى انه لا يقطع حتى يخرج من الدار واختلافهم فى الدار المشتركة فقال مالك وكثير ممن اشتراط الحرز تقطع يده اذا أخرج من البيت وقال أبو يوسف ومحمد لا قطع عليه الا اذا أخرج من الدار ومنها اختلافهم فى القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش أو ليس بحرز فقال مالك والشافعى واحمد وجماعة هو حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة لا قطع عليه وكذلك قال سفيان الثورى وروى ذلك عن زيد بن ثابت والحرز عند مالك بالجملة هو كل شئ جرت العادة بحفظ ذلك الشئ السروق فيه فربط الدواب عنده احرز وكذلك الاوعية وما على الانسان من اللباس

فالا نسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده وإذا توسد النام شيئاً فهو له حرز على ما جاء في حديث صفوان بن أمية وسيأتي بعده وما أخذ من المتنبه فهو اختلاس ولا يقطع عند مالك سارق ما كان على الصبي من الحلي أو غير ذلك إلا أن يكون معه حافظ يحفظه ومن سرق من الكعبة شيئاً لم يقطع عنده وكذلك من المساجد وقد قيل في المذهب أنه إن سرق منها ليلاً قطع وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز وما ليس بحرز واتفق الثاقلون بالحرز على أن كل من سمى مخرجاً للشيء من حرزه وجب عليه القطع وسواء كان داخل الحرز أو خارجه وإذا ترددت التسمية وقع الخلاف مثل اختلاف المذهب إذا كان سارقاً من أحدهما داخل البيت والآخر خارجه فمقرب أحدهما المتاع المسروق إلى الثقب في البيت فتأوله الآخر فمقرب الآخر قطع على الخارج المتناول له وقيل لا قطع على واحد منهما وقيل القطع على المقرب للمتاع من الثقب والخلاف في هذا كله آتيل إلى انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه أولاً انطلاقه فهذا هو القول في الحرز واشتراطه في وجوب القطع ومن رمى بالمسروق من الحرز ثم أخذه خارج الحرز قطع وقد توقف مالك فيه إذا أخذ بعد رميه وقبل أن يخرج وقال ابن القاسم يقطع .

﴿ فصل ﴾

وأما جنس المسروق فإن العلماء اتفقوا على أن كل ممتلك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه فإنه يجب في سرقة القطع ما عدا الأشياء الرطبة المأكولة والأشياء التي أصلها مباحة فإنهم اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور إلى أن القطع في كل ممتلك يجوز بيعه وأخذ العوض فيه وقال أبو حنيفة لا قطع في الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والخطب والحشيش فعمدة الجمهور عموم الآية الموجهة للقطع وعموم الآثار الواردة في اشتراط النصاب وعمدة أبي حنيفة في منعه القطع في الطعام الرطب قوله عليه السلام: لا قطع في تمر ولا كثر وذلك أن هذا الحديث روى هكذا مطناً من غير زيادة وعمدته أيضاً في منع القطع فيما أصله مباح الشبهة التي فيه لكل مالك وذلك أنهم اتفقوا على أن من شرط المسروق الذي يجب فيه القطع أن لا يكون للسارق فيه شبهة ملك واختلافوا فيما هو شبهة تدرأ الحد مما ليس بشبهة وهذا هو أيضاً أحد الشروط المشتركة في المسروق هو في ثلاثة مواضع في جنسه وقدره وشروطه وستأتي هذه المسئلة فيما بعد واختلفوا من هذا الباب أعني من النظر في جنس المسروق في المصحف فقال مالك والشافعي يقطع سارقه وقال أبو حنيفة لا يقطع ولعل هذا من أبي حنيفة بناء على أنه لا يجوز بيعه أو أن

لكل أحد فيه حقاً إذ ليس بمال واختلفوا من هذا الباب فبعض سرق صغيراً فملوكاً أعجباً آمن لا يفقه ولا يعقل الكلام فقال الجمهور يقطع . وأما إن كان كبيراً ففقه فقال مالك يقطع وقال أبو حنيفة لا يقطع واختلفوا في الحر الصغير فعند مالك إن سارقه يقطع ولا يقطع عند أبي حنيفة وهو قول ابن الماجشون من أصحاب مالك واتفقوا كما قلنا إن شبهة الملك القوية تدرك هذا الحد واختلفوا فيها هو شبهة يدرك ذلك مما لا يدركها العبد يسرق مال سيده فإن الجمهور من العلماء على أنه لا يقطع وقال أبو ثور يقطع ولم يشترط شرطاً وقال أهل الظاهر يقطع إلا أن يأمنه سيده واشترط مالك في الخادم الذي يجب أن يدركه الحد أن يكون يلى الخدمة لسيده بنفسه والشافعي ضرورة اشتراط هذا مرة لم يشترطه وبدرء الحد قال عمر رضي الله عنه وابن مسعود ولا مخالف لهم من الصحابة ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الآخر فقال مالك إذا كان كل واحد ينفر ببيت فيه متاعه فالتقطع على من سرق من مال صاحبه وقال الشافعي الاحتياط أن لا يقطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال وقدر ومضى عنه مثل قول مالك واختاره المزني ومنها القربات فذهب مالك فيها أن لا يقطع الأب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام: أنت ومالك لأبيك ويقطع ماسواهم من القربات وقال الشافعي لا يقطع عمود النسب الأعلى والأسفل يعني الأب والأجداد والأبناء وأبناء الأبناء وقال أبو حنيفة لا يقطع ذو الرحم الحرمه وقال أبو ثور يقطع يد كل من سرق إلا ما خصصه الإجماع ومنها اختلافهم فيمن سرق من المغنم أو من بيت المال فقال مالك يقطع وقال عبد الملك من أصحابه لا يقطع فهذا هو القول في الأشياء التي يجب بها ما يجب في هذه الجنابة .

﴿ القول في الواجب ﴾

وأما الواجب في هذه الجنابة إذا وجدت بالصفات التي ذكرنا عن الموجودة في السارق وفي الشيء المسروق وفي صفة السرقة فانهم اتفقوا على أن الواجب فيه القطع من حيث هي جنابة والغرم إذا لم يجب القطع واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع فقال قوم عليه الغرم مع القطع وبه قال الشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة وقال قوم ليس عليه غرم إذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه ومن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى وجماعة وفرق مالك وأصحابه فقال إن كان موسراً أتبع السارق بقيمة المسروق وإن كان معسراً لم يتبع به إذا أرى واشترط مالك دوام اليسر إلى يوم القطع فيما حكى عنه ابن القاسم فعمدة من جمع بين

الامر من انه اجتمع في السرقة حتمان حق لله وحق للادمى فاقتضى كل حق موجب له وأيضاً فانهم لما أجمعوا على أخذه منه اذا وجد بعينه لزم اذا لم يوجد بعينه عنده أن يكون في ضمانه قياساً على سائر الاموال الواجبة وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يغرم السارق اذا أقيم عليه الحد وهذا الحديث مضعف عند أهل الحديث قال أبو عمر لا نه عندهم مقطوع قال وقد وصله بعضهم وخرجه النسائي والكوفيون يقولون ان اجتماع حقين في حق واحد يخالف الاصول ويقولون ان القطع هو بدل من الغرم ومن هنا يرون انه اذا سرق شيئاً ما فقطع فيه ثم سرقه ثانياً انه لا يقطع فيه . وأما تفرقة مالك فاستحسن على غير قياس وأما التمتع فالنظر في محله وفيمن سرق وقد عدم المحل . أما محل القطع فهو اليد اليمنى باتفاق من الكوع وهو الذي عليه الجمهور وقال قوم الا صابع فقط فاما اذا سرق من قد قطعت يده اليمنى في السرقة فانهم اختلفوا في ذلك فقال أهل الحجاز والعراق تقطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ولا يقطع منه غير ذلك واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى هل يتف القطع ان سرق ثالثة أم لا فقال سفيان وأبو حنيفة يتف القطع في الرجل وانما عليه في الثالثة الغرم فقط وقال مالك والشافعي ان سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ثم ان سرق رابعة قطعت رجله اليمنى وكلا القولين مروى عن عمر وأبي بكر اعنى قول مالك وابى حنيفة فعمدة من لم ير الا قطع اليد قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » ولم يذكر الا في الحار بين فقط وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ماروى ان النبي صلى الله عليه وسلم أتى بعد سرق فتقطع يده اليمنى ثم الثانية فتقطع رجله ثم أتى به في الثالثة فقطع يده اليسرى ثم أتى به في الرابعة فقطع رجله وروى هذا من حديث جابر بن عبد الله وفيه ثم أخذه الخامسة فقتله الا أنه منكر عند أهل الحديث ويرده قوله عليه الصلاة والسلام : هن فواحش وفيهن عقوبة ولم يذكر قتلاً وحديث ابن عباس ان النبي عليه الصلاة والسلام قطع الرجل بعد اليد وعند مالك أنه يؤدب في الخامسة فاذا ذهب محل القطع من غير سرقة ان كانت اليد شلاء فليل في المذهب ينتقل القطع الى اليد اليسرى وقيل الى الرجل واختلف في موضع القطع من القدم فقيل يقطع من المفصل الذي في أصل الساق وقيل يدخل الكعبان في القطع وقيل لا يدخلان وقيل انها تقطع من المفصل الذي في وسط القدم واتفقوا على أن لصاحب السرقة ان يعفوع السارق ما لم يرفع ذلك الى الامام لما روى عمرو

ابن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : تعافوا الحدود بينكم فما بلغني من حد فقد وجب وقوله عليه الصلاة والسلام : لو كانت فاطمة بنت محمد لاقت عليها الحد وقوله لصفوان هـ لا كان ذلك قبل أن تأتيني به واختلفوا في السارق يسرق ما يجب فيه القطع فيرفع الى الامام وقد وهبه صاحب السرقة ماسرقة او يهبه له بعد ارفع وقبل القطع فقال مالك والشافعي عليه الحد لانه قد رفع الى الامام وقال أبو حنيفة وطائفة لا حد عليه فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن عبد الله بن صفوان بن أمية انه قيل له ان من لم يجره لك فقدم صفوان بن أمية الى المدينة فنام في المسجد وتوسد رداءه فجاءه سارق فأخذ رداءه فأخذ صفوان السارق فجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تقطع يده فقال صفوان لم أرد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهل اقبل أن تأتيني به .

﴿ القول فيما ثبت به السرقة ﴾

واتفقوا على ان السرقة تثبت بشاهدين عدلين وعلى أنها تثبت باقرار الحر واختلفوا في اقرار العبد فقال جمهور فقهاء الامصار اقراره على نفسه موجب لحدّه وليس يوجب عليه غرما وقال زفر لا يجب إقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولا قطع يده لكونه مالا لمولاه وبه قال شريح والشافعي وقتادة وجماعة وان رجع عن الاقرار الى شبهة قبل رجوعه وان رجع الى غير شبهة فعن مالك في ذلك روايتان هكذا حكى البغداديون عن المذهب وللمتأخرين في ذلك تفصيل ليس يليق بهذا الغرض وانما هو لا يثق بتفريع المذهب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

﴿ كتاب الحراة ﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى « إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله » الآية

وذلك ان هذه الآيات عند الجمهور هي في المحاربين وقال بعض الناس انها نزلت في النفر الذين ارتدوا في زمان النبي عليه الصلاة والسلام واستاقوا الابل فأمر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسميت أعينهم والصحيح انها في المحاربين لقوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وليس عدم التندرة عليهم مشترطة في توبة الكفار فبقى انها في المحاربين والنظر في أصول هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب . أحدها النظر في الحاربة والثاني النظر في المحارب ، والثالث فيما يجب على المحارب ، والرابع في مسقط الواجب عنه وهي التوبة ، والخامس بما ثابتت هذه الجناية .

﴿ الباب الأول ﴾

فاما الحاربة فاتفقوا على أنها اشتهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر واختلفوا فيمن حارب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء واشترط الشافعي الشوكة وان كان لم يشترط العدد وانما معنى الشوكة عنده قوة المغالبة ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران لان المغالبة انما تأتي بالبعد من العمران وكذلك يقول الشافعي انه اذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة في المصر كانت محاربة . وأما غير ذلك فهو عنده اختلاس وقال أبو حنيفة لا تكون محاربة في المصر .

﴿ الباب الثاني ﴾

فاما المحارب فهو كل من كان دمه محموقا قبل الحاربة وهو المسلم والذمي .

﴿ الباب الثالث ﴾

وأما ما يجب على المحارب فاتفقوا على انه يجب عليه حق لله وحق للآدميين واتفقوا على ان حق الله هو القتل والصلب وقطع الايدي وقطع الارجل من خلاف والنفي على ما نص الله تعالى في آية الحاربة واختلفوا في هذه العقوبات هل هي على التخيير او مرتبة على قدر جناية المحارب فقال مالك ان قتل فلا بد من قتله وليس للامام تخيير في قطعه ولا في تقيمه وانما التخيير في قتله أو صلبه . وأما ان اخذ المال ولم يقتل فلا تخيير في تقيمه وانما التخيير في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف واما اذا أخاف السبل فقطق فالامام عنده مخير في قتله أو صلبه أو قطعه أو تقيمه ومعنى التخيير عنده ان الامر راجع في ذلك الى اجتماع الامام فان كان المحارب ممن لا يرى

والتدبير فوجه الاجتماع قتله أو صلبه لأن القطع لا يرفع ضرره وإن كان رأى له أو أعماه وذو
قوة وبأس قطعه من خلاف وإن كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بإسره ذلك فيه وهو
الضرب والنفي وذهب الشافعي وأبو حنيفة وجماعة من العلماء إلى أن هذه العقوبة هي مرتبة على
الجنايات المعلوم من الشرع ترتيبها عليه فلا يقتل من الحار بين الأمن قتل ولا يقطع الأمن
أخذ المال ولا ينفي الأمن لم يأخذ المال ولا قتل وقال قوم بل الإمام مخير فيهم على الإطلاق
وسواء قتل أو لم يقتل أخذ المال أو لم يأخذه * وسبب الخلاف هل حرف أو في الآية
للتخير أو للتفصيل على حسب جناياتهم ومالك حمل البعض من الحار بين على التفصيل
والبعض على التخيير واختلفوا في معنى قوله أو يصلبوا فقال قوم أنه يصلب حتى يموت جوعاً
وقال قوم بل معنى ذلك أنه يقتل ويصلب معاً وهو لا آمنهم من قال يقتل أولاً ثم يصلب وهو
قول أشهب وقيل أنه يصلب حياً ثم يقتل في الخشبة وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ومن
رأى أنه يقتل أولاً ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ومن رأى أنه يقتل في الخشبة فقال
بعضهم لا يصلب عليه تنكيلاً له وقيل يقف خلف الخشبة ويصلى عليه وقال سحنون
إذا قتل في الخشبة أنزل منها وصلى عليه وهل يعاد إلى الخشبة بعد الصلاة فيه قولان عنه
وذهب أبو حنيفة وأصحابه أنه لا يبقى على الخشبة أكثر من ثلاثة أيام . وأما قوله أو تقطع أيديهم
وأرجلهم من خلاف فعناه أن تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ثم أن عاد قطعت يده اليسرى
ورجله اليمنى واختلف إذا لم تكن له اليمنى فقال ابن القاسم تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى
وقال أشهب تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى واختلف أيضاً في قوله أو ينفوا من الأرض
فقيل إن النفي هو السجن وقيل إن النفي هو أن ينفي من بلد إلى بلد فيسجن فيه إلى أن تظهر
توبته وهو قول ابن القاسم عن مالك ويكون بين البلدين أقل ما تنصرف فيه الصلاة والتولان عن
مالك وبالأول قال أبو حنيفة وقال ابن الماجشون معنى النفي هو فرارهم من الإمام لا إقامة الحد
عليهم فاما أن ينفي بعد أن يقدر عليه فلا وقال الشافعي أما النفي فغير مقصود ولكن إن هربوا
شردناهم في البلاد بالتابع وقيل هي عقوبة مقصودة فتبطل على هذا نفي ويسجن دائماً وكلها
عن الشافعي وقيل معنى أو ينفوا أي من أرض الإسلام إلى أرض الحرب فالذي يظهر أن
النفي هو تفرقهم عن وطنهم لقوله تعالى « ولو أن كتبنا عليهم أن يقتلوا أنفسهم أو أخرجوا من
دياركم » الآية فسوى بين النفي والقتل وهي عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب
والقتل وكل ما يقال فيه سوى هذا فليس معروفاً بالعادة ولا بالعرف .

باب الرابع

وأما يستحق أو اجب عليه من المال فيه قوله تعالى ((الذين تابوا من قبل أن تنزلوا عليهم)) واستف من ذلك في أربعة مواضع - أحدها هل تقبل توبته - والثاني أن قبلت توبته مضافة لخارج أم لا - والثالث هل تعلم في ذلك قولين قول أنه تقبل توبته وهو أشهر - وقوله تعالى ((إلا الذين تابوا من قبل أن تنزلوا عليهم)) وقول أنه لا تقبل توبته قل ذلك من قول أن الآية لم تنزل في الخارجين - وأما مضافة التسوية التي تستحق الحكم فانهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال - أحدها أن توبته تكون بوجهين - أحدهما أن يترك ما هو عليه وإن لم يأت الإمام والثاني أن يأتي سلاخه ويأتي الإمام طائعا وهو مذهب ابن الزمزم - والقول الثاني أن توبته إنما تكون بان يترك ما هو عليه ويجلس في موضعه ويظهر الجسيرة وإن أتى الإمام قبل أن تظهر توبته أقدم عليه الحد وهذا هو قول ابن الماجشون - والقول الثالث أن توبته إنما تكون ما غنى إلى الإمام وإن ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه حكاهما من الأحكام أن أخذ قبل أن يأتي الإمام ونحصيل ذلك هو أن توبته قيل إنها تكون بان يأتي الإمام قبل أن يتدر عليه وقيل إنها إنما تكون إذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط وقيل تكون بالامر من جميعا - وأما مضافة الخراب الذي تقبل توبته فانهم اختلفوا فيها أيضا على ثلاثة أقوال - أحدها أن يلحق بدار الحرب - والثاني أن تكون لفئة - والثالث كيفما كان كانت لفئة أو لم تكن لحق بدار الحرب أو لم يلحق واختلف في الخراب إذا امتنع فأمنه الإمام على أن ينزل فتقبل له الأمان ويسقط عنه حد الحرابة وقيل لا أمان له لأنه إنما يؤمن المشرک - وأما ما نسقط عنه التوبة فاختلفوا في ذلك على أربعة أقوال - أحدها أن التوبة إنما تسقط عنه حد الحرابة فقط ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الأدميين وهو قول مالك - والقول الثاني أن التوبة تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله من الزنا والشراب والتطع في السرقة ويتبع بحقوق الناس من الأموال والدماء إلا أن يغنوا أولياء المقتول - والثالث أن التوبة ترفع جميع حقوق الله ويؤخذ بالدماء وفي الأموال بما وجد بعينه في أيديهم ولا يتبع ذممهم - والقول الرابع أن التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الأدميين من مال ودم إلا ما كان من الأموال قائم العين بيده .

باب الخامس

وأما بما ذاب ثبت هذا الحد بالانقار وبالشهادة ومالك يقبل شهادة المسلوبين على الذين

سلبوهم وقال الشافعي تجوز شهادة أهل الرقة عليهم إذا لم يدعوا لأنفسهم ولا لرفقائهم ما لا أخذوا وثبتت عندهم تلك الحراية بشهادة السماع .

﴿ فصل في حكم المحاربين على التأويل ﴾

وأما حكم المحاربين على التأويل فإن محاربهم الإمام فإذا قدر على واحد منهم لم يقتل إلا إذا كانت الحرب قائمة فإن ما لك قال أن للإمام أن يقتله أن رأى ذلك لما يخاف من عونه لا صحابه على المسلمين . وأما إذا أسر بعد انقضاء الحرب فإن حكمه حكم البدعي الذي لا يدعوا إلى بدعته قيل يستتاب فإن تاب والقتل وقيل يستتاب فإن لم يتب يؤدب ولا يقتل وأكثر أهل البدع إنما يكفرون بالمال واختلف قول مالك في التكفير بالمال ومعنى التكفير بالمال أنهم لا يصرحون بقول هو كفر ولكن يصرحون بأقوال يلزم عنها الكفر وهم لا يعتقدون ذلك اللزوم وأما ما يلزم هؤلاء من الحقوق إذا ظفر بهم فحكمهم إذا تابوا أن لا يقام عليهم حد الحراية ولا يؤخذ منهم ما أخذوا من المال إلا أن يوجد بيده فيرد إليه وإنما اختلفوا هل يقتل قصاصا بمن قتل فقيل يقتل وهو قول عطاء واصبغ وقال سطر وابن الماجشون عن مالك لا يقتل وبه قال الجمهور لأن كل من قاتل على التأويل فليس بكافر بتهأصله قتال الصحابة وكذلك الكافر بالحقبة هو المكذب لا المتأول

﴿ باب في حكم المرتد ﴾

والمرتد إذا ظفر به قبل أن يحارب فاتفقوا على أنه يقتل الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه واختلفوا في قتل المرأة وهل تستتاب قبل أن تقتل فقال الجمهور تقتل المرأة وقال أبو حنيفة لا تقتل وشبهها بالكافرة الأصلية والجمهور اعتمدوا العموم الوارد في ذلك وشذوهم فقالوا تقتل وإن راجعت الإسلام وأما الاستتابة فإن ما لك اشترط في قتله ذلك على ما رواه عن عمر وقال قوم لا تقبل توبته وأما إذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فإنه يقتل بالحراية ولا يستتاب كانت حرايته بدار الإسلام أو بعد أن لحق بدار الحرب إلا أن يسلم وأما إذا أسلم المرتد المحارب بعد أن أخذ أو قبل أن يؤخذ فإنه يختلف في حكمه فإن كانت حرايته في دار الحرب فهو عند مالك كالحر بن يسلم لا تباعة عليه في شيء مما فعل في حال ارتداده وأما إن كانت حرايته في دار الإسلام فإنه يسقط إسلامه عنه حكم الحراية خاصة وحكمه فيما جنى حكم المرتد إذا جنى في ردة في دار الإسلام ثم أسلم وقد اختلف أصحاب مالك فيه فقال

حكمه حكم المرتد من اعتبر يوم الجناية وقال حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم وقد اختلف
في هذا الباب في حكم الساحر قتال مالك يقتل كفراً وقال قوم لا يقتل والاصل ان لا يقتل
الامع الكفر

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً

﴿ كتاب الاقضية ﴾

وأصول هذا الكتاب تنحصر في ستة أبواب أحدها في معرفة من يجوز قضاؤه * والثاني
في معرفة ما يقضى به * والثالث في معرفة ما يقضى فيه * والرابع في معرفة من يقضى عليه أولاً
والخامس في كيفية القضاء * والسادس في وقت القضاء

﴿ الباب الأول ﴾

والنظر في هذا الباب فمن يجوز قضاؤه وفيما يكون به أفضل فاما الصفات المشترطة في الجواز
فان يكون حراً مسلماً بالغاً ذكراً عاقلًا عدلاً وقد قيل في المذهب ان التسق يوجب الغزل
وبعض ما حكم به واختلفوا في كونه من أهل الاجتهاد فقال الشافعي يجب أن يكون من أهل
الاجتهاد ومثله حكى عبد الوهاب عن المذهب وقال أبو حنيفة يجوز حكم العاقل قال القاضي
وهو ظاهر ما حكمه جدي رحمه الله عليه في المقدمات عن المذهب لانه جعل كون الاجتهاد
فيه من الصفات المستحبة وكذلك اختلفوا في اشتراط الذكورة فقال الجمهور هي شرط في
حصة الحكم وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون المرأة قاضية في الاموال قال الطبري يجوز أن
تكون المرأة حاكماً على الاطلاق في كل شيء قال عبد الوهاب ولا أعلم بينهم اختلاف في
اشتراط الحرية فمن رد قضاء المرأة شسبه بقضاء الامامة الكبرى وقاسها أيضاً على العبد
لنقصان حرمة ما ومن أجاز حكمها في الاموال فتشبيهاً بجواز شهادتها في الاموال ومن رأى
حكمها نافذاً في كل شيء قال ان الاصل هو ان كل من يتأتى منه الفصل بين الناس لحكمه
جائز الا ما خصه الاجماع من الامامة الكبرى وأما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ولا
خلاف في مذهب مالك أن السمع والبصر والكلام مشرطة في استقرار ولايته وليست

شرطاً في جواز ولايته وذلك ان من صفات القاضي في المذهب ما هي شرط في الجواز فهذا اذا ولي عزل وفسخ جميع ما حكم به ومنهما ما هي شرط في الاستقرار وليست شرطاً في الجواز فهذا اذا ولي القضاء عزل وتقدم ما حكم به الا أن يكون جوازاً ومن هذا الجنس عندهم هذه الثلاث صفات ومن شرط القضاء عند مالك أن يكون واحداً والشافعي يجز أن يكون في المصر قاضيان اثنان اذا رسم لكل واحد منهما ما يحكم فيه وان شرط اتفاقهما في كل حكم لم يجز وان شرط الاستقلال لكل واحد منهما فوجهان الجواز والمنع قال واذا تنازع الخصمان في اختيار احدهما وجب أن يقترا عنده واما فضائل القضاء فكثيرة وقد ذكرها الناس في كتبهم وقد اختلفوا في الامي هل يجوز ان يكون قاضياً والا بين جوازه لكونه عليه الصلاة والسلام أمياً وقال قوم لا يجوز وعن الشافعي القولان جميعاً لانه يحتمل ان يكون ذلك خاصاً به لموضع العجز ولا خلاف في جواز حكم الامام الاعظم وتوليته للقاضي شرط في صحة قضائه لا خلاف اعرف فيه واختلفوا من هذا الباب في نفوذ حكم من رضى به المتدعيان ممن ليس بوال على الاحكام فقال مالك يجوز وقال الشافعي في احد قوليه لا يجوز وقال ابو حنيفة يجوز اذا وافق حكمه حكم قاضي البلد

﴿ الباب الثاني ﴾

وأما فيما يحكم فانفقوا أن القاضي يحكم في كل شيء من الحقوق كان حقاً لا آدميين وانه نائب عن الامام الاعظم في هذا المعنى وانه يعقد الانكحة ويقدم الاوصياء وهل يقدم الائمة في المساجد الجامعة فيه خلاف وكذلك هل يستخلف فيه خلاف في المرض والسفر الا ان يؤذن له وليس ينظر في الجبابة ولا في غير ذلك من الولاة وينظر في التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير عليهم ومن فروع هذا الباب هل ما يحكم فيه الحاكم يحل له محكوم له به وان لم يكن في نفسه حلالاً وذلك انهم اجمعوا على أن حكم الحاكم بالظاهر الذي يعتريه لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً وذلك في الاموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام إنما أنا بشر وانكم تختصمون الي فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقضي له على نحو ما سمع منه فمن قضيت له بشي من حق أخيه فلا يأخذه منه شيئاً فانما اقطع له قطعة من النار واختلفوا في حل عصمة النكاح أو عقده بالظاهر الذي يظن الحاكم انه حق وليس بحق اذ لا يحل حرام ولا يحرم حلال بظاهر حكم الحاكم دون ان يكون الباطن كذلك هل يحل ذلك أم لا فقال الجمهور

الاموال والفروج في ذلك سواء لا يحل حكم الحاكم منها حراماً ولا يحرم حلالاً وذلك مثل أن يشهد شاهدان ور في امرأة أجنبية أنهما زوجاً لرجل اجنبي ليست له بزوجة فقال الجمهور لا تحل له وان أحلها الحاكم بظاهر الحكم وقال ابو حنيفة وجهه راجحاً به تحل له فعمدة الجمهور عموم الحديث المتقدم وشبهة الحنفية ان الحكم باللعان ثابت بالشرع وقد علم أن احداً المتلاعنين كاذب واللعان يوجب الفرقة ويحرم المرأة على زوجها الملاعن لها ويحلها لغيره فان كان هو الكاذب فلم يحرم عليه الا بحكم الحاكم وكذلك ان كانت هي الكاذبة لان زناها لا يوجب فرقتهما على قول اكثر الفقهاء والجمهور ان الفرقة هاهنا انما وقعت عتوبة للمسلم بان أحدهما كاذب

(الباب الثالث فيما يكون به القضاء)

والقضاء يكون باربع بالشهادة وبالميمين والنكول وبالاقرار أو بما تركب من هذه ففي هذا الباب اربعة فصول

(الفصل الاول في الشهادة)

والنظر في الشهود في ثلاثة أشياء في الصفة والجنس والعدد فأما عدد الصفات المعتبرة في قبول الشاهد بالجملة فهي خمسة العدالة والبلوغ والاسلام والحرية ونفي التهمة وهذه منها متفق عليها ومنها يختلف فيها فأما العدالة فان المسلمين اتفقوا على اشتراطها في قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى (من ترضون من الشهداء) ولقوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) واختلفوا فيما هي العدالة فقال الجمهور هي صفة زائدة على الاسلام وهو أن يكون ملتزماً بالواجبات الشرع ومستجابته محتجباً للمحرمات والمكروهات وقال ابو حنيفة يكفي في العدالة ظاهر الاسلام وان لا تعلم منه جرحه * وسبب الخلاف كما قلنا تردد في مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق وذلك انهم اتفقوا على ان شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ) الآية ولم يختلفوا أن الفاسق تقبل شهادته اذا عرفت توبته الامن كان فسقه من قبل القذف فان أبا حنيفة يقول لا تقبل شهادته وان تاب والجمهور يقولون تقبل * وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك) الى اقرب مذكور اليه او على الجملة الا ما خصه لاجماع وهو ان التوبة لا تسقط عنه الحد وقد تقدم هذا وأما البلوغ فانهم اتفقوا على انه يشترط

حيث تشترط العدالة واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح وفي القتل فرداه جمهور فقهاء الامصار لما قلناه من وقوع الاجماع على أن من شرط الشهادة العدالة ومن شرط العدالة البلوغ ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عند مالك وانما هي قرينة حال ولذلك اشترط فيها أن لا يتفرقوا لثلاث مجنبوا واختلف أصحاب مالك هل تجوز اذا كان بينهم كبير أم لا ولم يختلفوا انه يشترط فيها العدة المشتركة في الشهادة واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة أم لا واختلفوا أيضاً هل تجوز في القتل الواقع بينهم ولا عدة لمالك في هذا الا انه مروى عن ابن الزبير قال الشافعي فاذا احتج بحجج بهذا قيل له ان ابن عباس قد ردّها والقرآن يدل على بطلانها وقال بقول مالك ابن أبي ليلى وقوم من التابعين وإجازة مالك لذلك هو من باب اجازته قياس المصلحة وأما الاسلام فاتفقوا على أنه شرط في القبول وانه لا تجوز شهادة الكافر الا ما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية في السفر لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم) الآية فقال أبو حنيفة يجوز ذلك على الشروط التي ذكرها الله وقال مالك والشافعي لا يجوز ذلك ورأوا ان الآية منسوخة وأما الحرية فان جمهور فقهاء الامصار على اشتراطها في قبول الشهادة وقال أهل الظاهر تجوز شهادة العبد لان الاصل اعماد واشترط العدالة والعبودية ليس لها تأثير في الرد الا أن يثبت ذلك من كتاب الله أو سنة أو اجماع وكان الجمهور رأوا أن العبودية أثر من أثر الكفر فوجب أن يكون لها تأثير في رد الشهادة وأما التهمة التي سببها المحبة فان العلماء أجمعوا على انها مؤثرة في إسقاط الشهادة واختلفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو ألبغضة التي سببها العداوة الدنيوية فقال ردّها فقهاء الامصار الا انهم اتفقوا في مواضع على أعمال التهمة وفي مواضع على إسقاطها وفي مواضع اختلفوا فيها فاعملها بعضهم وأسقطها بعضهم فما اتفقوا عليه رد شهادة الاب لابنه والابن لآبيه وكذلك الام لابنها وابنها لها ومما اختلفوا في تأثير التهمة في شهادتهم شهادة الزوجين . أحدهما الآخر فان مالكا ردّها وأبا حنيفة وأجازها الشافعي وأبو ثور والحسن وقال ابن أبي ليلى تقبل شهادة الزوج لزوجته ولا تقبل شهادتها وبه قال النخعي ومما اتفقوا على إسقاط التهمة فيه شهادة الاخ لآخيه مالم يدفع بذلك عن نفسه عاراً على ما قال مالك ومالم يكن منقطعاً الى أخيه ينال به وصلته ما عدا الاوزاعي فانه قال لا تجوز ومن هذا الباب اختلفوا في قبول شهادة العدو على عدوه فقال مالك والشافعي لا تقبل وقال أبو حنيفة تقبل فعدة الجمهور في رد الشهادة بالتهمة ما روى عنه

عليه السلام انه قل لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين وما خرج به أبو داود من قوله عليه السلام لا تقبل شهادة بدوى على حضري لقلة شهود البدوى ما يقع في المصر فهذه هي عمدتهم من طريق السماع وأما من طريق المعنى فلم يضع التهمة وقد أجمع الجمهور على تأثيرها في الأحكام الشرعية مثل اجتماعهم على انه لا يرث القاتل المتقول وعلى توريت المبتوتة في المرض وإن كان فيه خلاف وأما الطائفة الثانية وهم شريح وأبو ثور وداد فانهم قالوا تقبل شهادة الاب لابنه فضا لا عن سواه إذا كان الاب عدلا وعمدتهم قوله تعالى (يألم الذين آمنوا كونوا قومين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين) والأمر بالشئ يقتضى إجزاء المأمور به إلا ما خصصه الاجماع من شهادة المرء لنفسه وأما من طريق النظر فان لهم ان يقولوا رد الشهادة بالجملة إما هو لموضع اتهام الكذب وهذه التهمة إما اعتملمها الشرع في الفاسق ومنع اعماله في العادل فلا تجتمع العدة التمتع التهمة وإما النظر في العدد والجنس فان المسلمين اتفقوا على انه لا يثبت الزنا باقل من أربعة عدول ذكرور واتفقوا على انه تثبت جميع الحقوق ماعدا الزنا بشاهدين عدلين ذكرين ما خلا الحسن البصرى فانه قال لا تقبل باقل من أربعة شهداء تشبيها بالرجم وهذا ضعيف لقوله سبحانه (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وكل متفق على أن الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعى الابن أبى ليل فانه قال لا بد من يمينه واتفقوا على انه تثبت الاموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى (فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) واختلفوا في قبولهما في الحدود وقالى عليه الجمهور انه لا تقبل شهادة النساء في الحدود ولا مع رجل ولا مفردات وقال أهل الظاهر تقبل اذا كان معهن رجل وكان النساء أكثر من واحدة في كل شئ على ظاهر الآية وقال أبو حنيفة تقبل في الاموال وفي اعدا الحدود من أحكام الابدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعق ولا تقبل عند مالك في حكم من أحكام البدن واختلف أصحاب مالك في قبولهن في حقوق الابدان المتعلقة بالمال مثل الوكالات والوصية التي لا تتعلق بالمال فقط فقال مالك وابن القاسم وابن وهب يقبل فيه شاهد وامرأتان وقال أشهب وابن الماجشون لا يقبل فيه الا رجلان وأما شهادة النساء مفردات أعني النساء دون الرجال فهي مقبولة عند الجمهور في حقوق الابدان التي لا يطلع عليها الرجال غالبا مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء ولا خلاف في شئ من هذا الا في الرضاع فان أبا حنيفة قال لا تقبل فيه شهادتهن الا مع الرجال لانه عنده من حقوق الابدان التي يطلع عليها الرجال والنساء والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات في هذا الجنس اختلفوا في العدد

المشترط في ذلك منهن فقال مالك يكفي في ذلك امرأتان قيل مع انتشار الامر وقيل وان لم ينتشر وقال الشافعي ليس يكفي في ذلك أقل من أربع لان الله عز وجل قد جعل عدل الشاهد الواحد امرأتين واشترط الاثنية وقال قوم لا يكفي في ذلك باقل من ثلاث وهو قول لا معنى له وأجاز أبو حنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة واحسب ان الظاهرية أو بعضهم لا يجيزون شهادة النساء مفردات في شيء كما يجيزون شهادتهن مع الرجال في كل شيء وهو الظاهر وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع فانهم أيضاً اختلفوا فيها لقوله عليه السلام في المرأة الواحدة التي شهدت بالرضاع كيف وقد ارضعتكما وهذا ظاهره لا نكاره لذلك لم يختلف قول مالك في انه مكروه

﴿ الفصل الثاني ﴾

واما الايمان فانهم اتفقوا على انها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه اذا لم تكن للمدعى بينة واختلفوا هل ثبت بها حق للمدعى فقال مالك ثبتت بها حق المدعى في اثبات ما أنكره المدعى عليه وبطل ما ثبت عليه من الحقوق اذا ادعى الذي ثبت عليه إسقاطه في الموضع الذي يكون المدعى أقوى سبباً وشبهة من المدعى عليه وقال غيره لا تثبت للمدعى باليمين دعوى سواء كانت في إسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه أو اثبات حق انكره فيه خصمه * وسبب اختلافهم تردد في مفهوم قوله عليه السلام البينة على من ادعى واليمين على من انكر هل ذلك عام في كل مدعى عليه ومدع أم انما يخص المدعى بالبينة والمدعى عليه باليمين لان المدعى في الاكثر هو اضعف شبهة من المدعى عليه والمدعى عليه بخلافه فن قال هذا الحكم عام في كل مدع ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصاً قال لا يثبت باليمين حق ولا يسقط به حق ثبت ومن قال انما يخص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ما هو أقوى شبهة قال اذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعى أقوى يكون القول قوله واحتج هؤلاء بالمواضع التي اتفق الجمهور فيها على ان القول فيها قول المدعى مع يمينه مثل دعوى التلف في الوديعة وغير ذلك ان وجد شيء بهذا الصفة ولا ولئك أن يقولوا الاصل ما ذكرنا الا ما خصصه الاتفاق وكلهم مجمعون على ان اليمين التي تسقط الدعوى أو تثبتها هي اليمين بالله الذي لا اله الا هو وأما قول فقهاء الامصار في صفتهم امتقاربة وهي عند مالك بالله الذي لا اله الا هو لا يزيد عليها ويزيد الشافعي الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية وأما هل تغلظ بالمكان فانهم اختلفوا في ذلك فذهب مالك الى انها تغلظ بالمكان وذلك في قدر مخصوص وكذلك الشافعي واختلفوا

في القدر فقال مالك ان من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعد اوجب عليه اليمين في المسجد الجامع فان كان مسجد النبي عليه الصلاة والسلام فلا خلاف انه يخلف على المنبر وان كان في غيره من المساجد ففي ذلك روايتان احدهما حيث اتفق من المسجد والاخرى عند المنبر وروى عنه ابن التاسم انه يخلف فيما له بال في الجامع ولم يحدد وقال الشافعي يخلف في المدينة عند المنبر وفي مكة بين الركن والمقام وكذلك عند في كل بلد يخلف عند المنبر والنصاب عنده في ذلك عشر ودينار أو قال داود يخلف على المنبر في القليل والكثير وقال أبو حنيفة لا تغلظ اليمين بالمكان * وسبب الخلاف هل التغليظ الوارد في الحلف على منبر النبي صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا فن قال انه يفهم منه ذلك قال لأنه لو لم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ في ذلك معنى ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال لا يجب الحلف على المنبر والحديث الوارد في التغليظ هو حديث جابر بن عبد الله الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على منبري آثم أتبعه من النار واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا هو عمل الخلفاء قال الشافعي لم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة قالوا ولو كان التغليظ لا يفهم منه إيجاب اليمين في الموضع المغلظ لم يكن له فائدة الا تجنب اليمين في ذلك الموضع قالوا وكما أن التغليظ الوارد في اليمين مجرداً مثل قوله عليه الصلاة والسلام من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يفهم منه وجوب القضاء باليمين كذلك التغليظ الوارد في المسكن وقال الفريابي الا آخر لا يفهم من التغليظ باليمين وجوب الحكم باليمين واذ لم يفهم من تغليظ اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليظ اليمين بالمسكن وجوب اليمين بالمسكن وليس فيه اجماع من الصحابة والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت وتغلظ بالمسكن عند مالك في القسامة واللعان وكذلك بالزمان لأنه قال في اللعان أن يكون بعد صلاة العصر على ما جاء في التغليظ فحين حلف بعد العصر وأما القضاء باليمين مع الشاهد فانهم اختلفوا فيه فقال مالك والشافعي وأحمد وداود وأبو ثور والقعقهاء السبعة المديون وجماعة يقضي باليمين مع الشاهد في الأموال وقال أبو حنيفة والثوري والا وزاعي وجهه رأى أهل العراق لا يقضي باليمين مع الشاهد في شيء وبه قال الليث من أصحاب مالك * وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض السماع اما القائلون بفانهم تعلقوا في ذلك بآثار كثيرة منها حديث ابن عباس وحديث أبي هريرة وحديث زيد بن ثابت وحديث جابر الا ان الذي خرج مسلم منها حديث ابن عباس وانظره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد خرجه مسلم ولم يخرج به البخاري وأما

مالك فأنما اعتمد مرسله في ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد لأن العمل عنده بالمراسل واجب وأما السماع المخالف لما فقوله تعالى (فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء قالوا وهذا يقتضي الحصر فالزيادة عليه نسخ ولا ينسخ القرآن بالسنة الغير متواترة وعند المخالف أنه ليس ينسخ بل زيادة لا تغيير حكم المزيّد وأما من السنة فما خرج به البخاري ومسلم عن الأشعث بن قيس قال كان بيني وبين رجل خصومة في شئ فاختصمنا إلى النبي صلى الله عليه وسلم قال فقال شاهدك أو يمينه فقلت إذا حلف ولا يبالى فقال النبي صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين يفتطع بها مال امرئ مسلم هو فيها فاجر راقى الله وهو عليه غضبان قالوا فماذا منه عليه الصلاة والسلام حصر للحكم ونقض لحجة كل واحد من الخصمين ولا يجوز عليه صلى الله عليه وسلم إلا يستوفي أقسام الحجة للمدعى والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم في أن اليمين هي حجة أقوى الممتدعين شبهة وقد قويت ها هنا حجة المدعى بالشاهد كما قويت في القسمات وهو لاء اختلافوا في القضاء باليمين من المرأتين فقال مالك يجوز لأن المرأتين قد أقامت مقام الواحد وقال الشافعي لا يجوز لأنه إنما أقامت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لا مفردة ولا مع غيره وهل يقضى باليمين في الحدود التي هي حق للناس مثل القذف والجراح فيه قولان في المذهب .

﴿ الفصل الثالث ﴾

وأما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله فإن الفقهاء أيضاً اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي وفتهاء أهل الحجاز وطائفة من العراقيين إذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعى شئ بنفس النكول إلا أن يحلف المدعى أو يكون له شاهد واحد وقال أبو حنيفة وأصحابه وجمهور الكوفيين يقضى للمدعى على المدعى عليه بنفس النكول وذلك في المال بعد أن يكرّر عليه اليمين ثلاثاً وقلب اليمين عند مالك يكون في الموضع الذي يقبل فيه شاهد وامرأتان وشاهد ويمين وقلب اليمين عند الشافعي يكون في كل موضع يجب فيه اليمين وقال ابن أبي ليلى أردّها في غير التهمة ولا أردّها في التهمة وعند مالك في يمين التهمة هل تنقلب أم لا قولان فعمدت من رأى أن تنقلب اليمين ما رواه مالك من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد في القسمات اليمين على اليهود بعد أن بدا بالانصار ومن حجة مالك أن الحتموق عنده إنما ثبت بشيئين أما يمين وشاهد وما ينكول وشاهد وأما بنكول ويمين أصل ذلك عنده اشتراط الاثنينية في الشهادة وليس يقضى

عند الشافعي بشاهد وبكول وعمدة من قضى بالنكول أن الشهادة لما كانت لا ثبات الدعوى
واليمين لا بطلانها وجب أن نكول عن اليمين أن تحقق عليه الدعوى قالوا وأما نقلها من المدعى عليه
إلى المدعى فهو خلاف للنص لأن اليمين قد نص على أنها لا تملك المدعى عليه فهذه أصول الحجج
التي يقضى بها القاضى ومما اتفقوا عليه في هذا الباب أنه يقضى بالقاضى بوصول كتاب قاض
آخر إليه لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة به أعنى إذا أشهد القاضى الذى يثبت عنده
الحكم شاهدين عدلين أن الحكم ثابت عنده أعنى المكتوب في الكتاب الذى أرسله
إلى القاضى الثانى فشهدا عند القاضى الثانى أنه كتابه وأنه أشهدهم بثبوته وقد قيل أنه يكتفى
فيه بخط القاضى وأنه كان به العمل الأول واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة أن أشهدهم
على الكتابة ولم يقرأه عليهم فقال مالك يجوز وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز ولا تصح
الشهادة واختلفوا في العفاس والوكاء هل يقضى به في اللقطة دون شهادة أم لا بد في ذلك من
شهادة فقال مالك يقضى بذلك وقال الشافعي لا بد من الشاهدين وكذلك قال أبو حنيفة
وقول مالك هراجرى على نص الأحاديث وقول الغير أجرى على الأصول ومما اختلفوا
فيه من هذا الباب قضاء القاضى بعلمه وذلك أن العلماء اجمعوا على أن القاضى يقضى بعلمه في
التعديل والتجريح وأنه إذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به وأنه يقضى بعلمه في إقرار الخصم
وانكاره إلا ما لكافانه رأى أن يحضر القاضى شاهدين لإقرار الخصم وانكاره وكذلك
اجمعوا على أنه يقضى بعلمه في تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر إذا لم يكن في ذلك
خلاف واختلفوا إذا كان في المسئلة خلاف فقال قوم لا يرد حكمه إذا لم يخرق الإجماع وقال قوم
إذا كان شاداً أو قال قوم يرد إذا كان حكماً بقياس وهناك سماع من كتاب أو سنة تخالف القياس
وهو لا عدل إلا أن يكون القياس تشهد له الأصول والكتاب محتمل والسنة غير متواترة وهذا
هو الوجه الذى ينبغي أن يحمل عليه من غلب القياس من الفتفاء في موضع من المواضع على
الأثر مثل ما ينسب إلى ابن حنيفة باتفاق وإلى مالك باختلاف واختلفوا هل يقضى بعلمه على
حدود بينة أو أقرار أو لا يقضى إلا بالدليل والإقرار فقال مالك وأكثر أصحابه لا يقضى إلا
بالبينات أو الأقرار وبه قال أحمد وشرح وقال الشافعي والكوفي وأبو ثور وجماعة للقاضى
أن يقضى بما هو كلاً الطائفتين سلف من أصحابه والتابعين وكل واحد منهما اعتد في
قوله السماع والنظر أما عمدة الطائفة التي منعت من ذلك فمنها حديث معمر عن الزهري عن
عروة عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم بحث أباجهم على صدقة فلا حار رجل في فريضة

فوقع بينهما شجاج فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فاخبروه فاعطاهم الارش ثم قال عليه الصلاة والسلام انى خاطب الناس ومخبرهم انكم قدرضيتم ارضيتم قالوا نعم فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فخطب الناس وذكر القصة وقال ارضيتم قالوا لا فهم بهم المهاجرون فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعطاهم ثم صعد المنبر فخطب ثم قال ارضيتم قالوا نعم قال فهذا بين في انه لم يحكم عليهم بعلمه صلى الله عليه وسلم وامان جهة المعنى فالتهمة الا لا حقة في ذلك للقاضى وقد اجمعوا ان للتهمة تاثير فى الشرع منها أنه لا يرث القاتل عمدا عند الجمهور ومن قتله ومنه اردهم شهادة الاب لابنه وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء وأما عمدة من أجاز ذلك أما من طريق السماع فحديث عائشة في قصة هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها أبى سفيان بن حرب حين قال لها عليه الصلاة والسلام وقد شكك أباسفيان خذى ما يكفيك ولذلك بالمر وفدون أن يسمع قول خصمها وأما من طريق المعنى فانه اذا كان له ان يحكم بقول الشاهد الذى هو مظنون فى حقه فاحرى ان يحكم بما هو عنده يمين وخصم أبو حنيفة وأصحابه ما يحكم فيه الحاكم بعلمه فقالوا لا يقضى بعلمه فى الحدود ويقضى فى غير ذلك وخصم ايضا أبو حنيفة العلم الذى يقضى به فقال يقضى بعلمه الذى علمه فى القضاء ولا يقضى بما علمه قبل القضاء وروى عن عمر انه قضى بعلمه على ابى سفيان لرجل من بنى مخزوم وقال بعض اصحاب مالك يقضى بعلمه فى المجلس اعنى بما يسمع وان لم يشهد عنده بذلك وهو قول الجمهور كما قلنا وقول المغيرة هو اجرى على الاصول لان الاصل فى هذه الشريعة لا يقضى بدليل وان كانت غلبة الظن الواقعة به اقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين .

﴿ الفصل الرابع فى الاقرار ﴾

واما الاقرار اذا كان بينا فلا خلاف فى وجوب الحكم به وانما النظر فمين يجوز اقراره ممن لا يجوز واذا كان الاقرار محتملا وقع الخلاف اما من يجوز اقراره ممن لا يجوز فقد تقدم واما عدد الاقرارات الموجبة فقد تقدم فى باب الحدود ولا خلاف بينهم ان الاقرار مرة واحدة عامل فى المال واما المسائل التى اختلفوا فيها من ذلك فمن قبل احتمال اللفظ وان ان احببت ان تقف عليه فمن كتاب الفروع .

﴿ الباب الرابع ﴾

وأما على من يقضى ولمن يقضى فإن التهمة اتفقوا على أنه يقضى لمن ليس بينهم عليه واختلافوا في قضائه لمن بينهم عليه فقال مالك لا يجوز قضاءه على من لا تجوز عليه شهادته وقال قوم يجوز لأن القضاء يكون بأسباب معلومة وليس كذلك الشهادة وأما على من يقضى فإنهم اتفقوا على أنه يقضى على المسلم الحاضر واختلفوا في الغائب وفي القضاء على أهل الكتاب فأما القضاء على الغائب فإن مالك والشافعي قالوا يقضى على الغائب البعيد الغيبة وقال أبو حنيفة لا يقضى على الغائب أصلاً وبه قال ابن الماجشون وقد قيل عن مالك لا يقضى في الرباع المستحقة فعمدة من رأى القضاء حديث هند المتقدم ولا حجة فيه لأنه لم يكن غائباً عن المصر وعمدة من يرى القضاء قوله عليه الصلاة والسلام فائماً أقضى له بحسب ما أسمع وما رواه أبو داود وغيره عن علي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له حين أرسله إلى اليمن لا تنقض لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر وأما الحكم على الذمي فإن في ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه يقضى بينهم إذا ترفعوا إليه بحكم المسلمين وهو مذهب أبي حنيفة والثاني أنه يخبر به قال مالك وعن الشافعي القولان والثالث أنه واجب على الإمام أن يحكم بينهم وإن لم يتحاكما إليه فعمدة من اشترط مجيئهم للحاكم قوله تعالى فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وبهذا تمسك من رأى الخيار ومن أوجبه اعتمد قوله تعالى وأن احكم بينهم ورأى أن هذا ناسخ لآية التخيير وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وإن لم يترفعوا فإنه احتج بإجماعهم على أن الذمي إذا سرق قطعت يده

﴿ الباب الخامس ﴾

وأما كيف يقضى القاضي فإنهم اجمعوا على أنه واجب عليه أن يسوي بين الخصمين في المجلس ولا يسمع من أحدهما دون الآخر وإن يبدأ بالمدعي فيسأله البيعة أن انكر المدعي عليه وإن لم يكن له بيعة فإن كان في مال وجبت اليمين على المدعي عليه باتفاق وإن كانت في طلاق أو نكاح أو قتل وجبت عند الشافعي بمجرد الدعوى وقال مالك لا يجب إلا مع شاهد وإذا كان في المال فهل يحلفه المدعي عليه بنفس الدعوى أم لا يحلفه حتى يثبت المدعي الخلطة اختلفوا في ذلك فقال جمهور فقهاء الأمصار اليمين تلزم المدعي عليه بنفس الدعوى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عباس البيعة على المدعي واليمين على المدعي عليه وقال مالك

لا تجب اليمين الا بالخاطئة وقال بها السبعة من فقهاء المدينة وعمدة من قال بها النظر الى المصلحة
 لكيلا يتطرق الناس بالدعوى الى تعنت بعضهم بعضا ومن هنا لم يملك احولاف المرأة
 زوجها اذا ادعت عليه الطلاق الا أن يكون معها شاهد وكذلك احولاف العبد سيده في
 دعوى العتق عليه والدعوى لا تخلو أن تكون في شئ في الذمة فادعى المدعى عليه البراءة
 من تلك الدعوى وان له بينة سمعت منه بينته باتفاق وكذلك ان كان اختلاف في عتد وقع
 في عين مثل بيع أو غير ذلك وأما ان كانت الدعوى في عين وهو الذي يسمى استحقاقا فأنهم
 اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه فقال أبو حنيفة لا تسمع الا في النكاح وما لا يتكرر وقال غيره
 لا تسمع في شئ وقال مالك والشافعي تسمع أعني في أن يشهد للمدعى بينة المدعى عليه انه مال
 له وما لك فعمدة من قال لا تسمع ان الشرع قد جعل البينة في حيز المدعى واليمين في حيز المدعى
 عليه فوجب أن لا يتقلب الامر وكان ذلك عندهما عبادة وسبب الخلاف هل تنفي بينة المدعى
 عليه معنى زائدا على كون الشئ المدعى فيه موجودا بيده أم ليست تنفي ذلك فمن قال لا تنفي
 معنى زائد أقال لا معنى لها ومن قال تنفي اعتبرها فاذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع
 التعارض بين البيتين ولم تثبت احدهما أمرأ زائدا عما لا يمكن أن يتكرر في ملك ذي الملك
 فالحكم عند مالك أن يقضى بأعدل البيتين ولا يعتبر الا كثر وقال أبو حنيفة بينة المدعى
 أولى على أصله ولا ترجع عنه بالعدالة كما لا ترجع عند مالك بالعدد وقال الا واعي ترجع
 بالعدد واذا تساوت في العدالة فذلك عند مالك كلا بينة يحلف المدعى عليه فان سئل
 حلف المدعى ووجب الحق لان يد المدعى عليه شاهدة له ولذلك جعل دليله اضعف
 الدليلين أعني اليمين واما اذا اقر الخصم فان كان المدعى فيه عينا فلا خلاف انه يدفع الى مدعيه
 واما اذا كان مالا في الذمة فانه يكلف المقر غرمه فان ادعى العدم حبسه القاضي عند مالك
 حتى يتبين عدمه اما بطول السجن او بالبينة ان كان متهما فاذا لاح عسر خلى سبيله لقوله تعالى
 (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) وقال قوم يؤجره به قال احمد وروى عن عمر بن
 عبد العزيز وحكى عن ابي حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار ولا خلاف
 أن البينة اذا جرحها المدعى عليه ان الحكم يسقط اذا كان التجريح قبل الحكم وان كان بعد
 الحكم لم ينتقض عند مالك وقال الشافعي ينتقض وأما ان رجعت البينة عن الشهادة فلا
 يخلو ان يكون ذلك قبل الحكم او بعده فان كان قبل الحكم فلا كثران الحكم لا يثبت وقال
 بعض الناس يثبت وان كان بعد الحكم فقال مالك يثبت الحكم وقال غيره لا يثبت الحكم وعند
 مالك ان الشهاداء يضمنون ما تلقوا بشهادتهم فان كان مالا ضمنوه على كل حال قال عبد الملك

لا يضمنون في الغلط وقد الشافعي لا يضمنون المال وان كان دما فان ادعوا الغلط ضمنوا
الدية وان اقرروا ائيد منهم على قول اشهب ولا يقتص منهم على قول ابن القاسم

باب السادس

واما متى يقضى فمهما يرجع الى حال القاضى في نفسه ومتمما ما يرجع الى وقت انقاذ الحكم وفصله
ومنها ما يرجع الى وقت توقيف المدعى فيه وازالة اليد عنه اذا كان عينا فاما متى يقضى القاضى
ذاته فيمكن مشغول لنفس لتولية عليه الصلاة والسلام لا يقضى القاضى حين يقضى وهو
غضبه ان ومثل هذا عند مالك ان يكون عطشانا أو جائعا أو غائبا أو غير ذلك من العوارض
تبقى معروفة عن انفسه لكن اذا قضى في حال من هذه الاحوال بالصواب فانفقوا في اعم على
الدية بغيره كدوى يحض ان يقال لا ينفذ فيا وقع عليه النص وهو الغضبان لان النهي يدل على
نفسه نهى عنه واما متى ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الاجل والا عذرا اليه ومعنى نفوذ هذا
هو ان يحق حجة المدعى او يذحضها وهل له ان يسمع حجة بعد الحكم فيه اختلاف من قول
الاشعري يسمع فيه كان حقا ومثل الاحباس والعق ولا يسمع في غير ذلك وقيل
لا يسمع بعد ثبوت الحكم وهو الذي يسمي التعجيز قيل لا يسمع منهما جميعا وقيل بالفرق بين
مدعى ومدعى عليه وهو اذا اقر بالعجز وأما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقبل الاعذار
وان لم يرد المدعى استحقاق شيء من يده ان يخاصم فله ان يرجع بشئنه على البائع وان كان يحتاج
في رجوعه على الساع ان يرققه عليه فيثبت شراؤه منه ان انكره او يعترف له به ان اقر
فبمستحق من يده ان يأخذ الشيء من المستحق ويترك قيمته بيد المستحق وقال الشافعي
يشترط منه ان يعطى في يد المستحق فيؤضامن له وان عطب في أثناء الحكم ممن ضمانه اختلف
في ذلك فقيل ان عطب بعد الثبات فضمانه من المستحق وقيل انما يضمن المستحق بعد الحكم
واما بعد ثبات وقبل الحكم فهو من المستحق منه قال القاضى رضى الله عنه وينبغي أن تعلم
ان الاحكام الشرعية تنقسم قسمين قسم يقضى به الاحكام وجل ما ذكرناه في هذا الكتاب
هو داخل في هذا القسم وقسم لا يقضى به الاحكام وهذا أكثره هو داخل في المندوب اليه
وهذا الجنس من الاحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء
في اواخر كتبهم التي يعرفونها بالجوامع ونحن فنقد رأينا ان تذكر أيضا من هذا الجنس المشهور
منه ان شاء الله تعالى وينبغي قبل هذا ان نعلم ان السنين المشروعة العملية المتصودة منها هو

الفضائل النفسانية فمنها ما يرجع الى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره وفي هذا الجنس تدخل العبادات وهذه هي السنن الكرامية ومنها ما يرجع الى الفضيلة التي تسمى عفة وهذه صنفان السنن الواردة في المطعم والمشرب والسنن الواردة في المتناكح ومنها ما يرجع الى طلب العدل والكف عن الجور في هذه هي اجناس السنن التي تقتضي العدل في الاموال والتي تقتضي العدل في الابدان وفي هذا الجنس يدخل القصاص والحر وب والعقوبات لان هذه كلها انما يطلب بها العدل ومنها السنن الواردة في الاعراض ومنها السنن الواردة في جميع الاموال وتقويمها وهي التي يتعبد بها لطلب الفضيلة التي تسمى السخاء وتجنب الرذيلة لتي تسمى البخل والزكاة تدخل في هذا الباب من وجه وتدخل أيضا في باب الاشتراك في الاموال وكذلك الامر في الصدقات ومنها سنن واردة في الاجتماع الذي هو شرط في حياة الانسان وحفظ فضائله العملية والعلمية وهي المعبر عنها بالرياسة ولذلك لم أيضا أن تكون سنن الأئمة والقوام بالدين ومن السنة المهمة في حين الاجتماع السنن الواردة في الحبة والبغضة والتعاون على اقامة هذه السنن وهو الذي يسمى النهي عن المنكر والامر بالمعروف وهي الحبة والبغضة اي الدينية التي تكون اما من قبل الاخلال بهذه السنن واما من قبل سوء المعتقد في الشريعة واكثر ما يذكر الفقهاء في الجوامع من كتبهم ما شذ عن الاجناس الاربعة التي هي فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة الشجاعة وفضيلة السخاء والعبادة التي هي كالشرط في تثبيت هذه الفضائل كمل كتاب الاقضية وبكمله كمل جميع الديوان والحمد لله كثيرا على ذلك كما هو أهله

(تم الكتاب والحمد لله رب العالمين)

ورد لنا قريظ كتاب بداية المجتهد من حضرة الفاضل صاحب الامضاء
والكتاب على أهبة التمام فجعلناه خاتمة له وشكرا للمقرر

يا طالبي الفقه هذا السِّفر فيه بدا
يريكوا كل برهانٍ ومستندٍ
لِلَّهِ نَاشِرُهُ (الْخَنِجِيُّ) بَيْنَكُمْ
وَشَيْخُنَا (شَاكِرٌ) لِلَّهِ هَمَّتْهُ
مَا لِلْعُلُومِ جَفَتْهَا النَّفْسُ وَابْتَعَدَتْ
النَّاشِرُونَ كَثِيرٌ قَالَ قَائِلُهُمْ
وَيَحْيِ عَلَى الْعِلْمِ تَطْوِيهِ صَحَائِفُهُ
مَبْدَأَ الْمَجْتَهِدِ .. مُغْنِي لِمُقْتَصِدِ
مِنَ الْحَدِيثِ وَيَهْدِيكُمْ إِلَى الرَّشْدِ
فَذِي مَآثِرِهِ فِي الْأَعْصَرِ الْجَدِيدِ
لَوْلَا الْعِزَائِمُ بِالْأَعْمَالِ لَمْ نَسُدِ
عَنْهَا فَأَضْحَى بَنُو الْإِنْسَانِ فِي تَكْدِ
هَاقِدٍ نَشَرَتْ . فَهَلْ مِنْ أَخْذٍ يَدِي؟
وَإِنْ لَمْ نَسْنَا مُرِيدَ الْعِلْمِ لَمْ نَجِدِ
مُحَمَّدَ عَبْدِ اللَّهِ الْجَزَارِ

بمَشِيخَةِ الْأَسْكَندَرِيَّةِ بِالسَّنَةِ السَّابِعَةِ

اعلان

﴿ من المطبعة الجمالية ﴾

الكاتبة نجارة الروم بمطبعة التتري نمره ٩ : بتوفيق الله تعالى وعونه قد تم
لنا تأسيس المطبعة المذكورة على أكمل استعداد وقد أحضرنا لها جملة ما كينات
للطبع والتجليد من الطرز الجديد وقد أعددنا لها الكيات الوفرة من سائر اجناس
الحروف الاسلامبولية والمصرية والافرنكية ذات الشكل الجميل والرواق الجليل
مع كامل الادوات وأننا مستعدون لقبول المقاولات لطبع الكتب العربية العلمية
والافرنكية كبيرة كانت أو صغيرة بشكل وبدونه بأجرة معتدلة مع المحافظة على
مواعيد المقاولات: وكذلك أعددنا الاصناف الكثيرة من الورق اللازم لطبع الكتب
والدوسيهات والكرت فزيت والجوابات والاطرف والكميالات والفواتير وخلافه
فمن رغب المقاوله على طبع الكتاب وورقه وتجليده فله ذلك مع الاعتماد على
أن أسعار الورق عندنا هي أرخص قيمة من أسعاره الموجودة في السوق لاستحضارنا
إياه من معاملته في أوروبا رأساً والخبرة أعدل شاهداً

﴿ اصحاب المطبعة ﴾

(محمد أمين الخانجي الكتبي وشركاه — واحمد عارف)